

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE
SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

GUSTAVO PEREIRA FARAH

CURITIBA

2006

GUSTAVO PEREIRA FARAH

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE
SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, sob orientação do Professor Alvacir Alfredo Nicz e co-orientação do Professor Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA

2006

GUSTAVO PEREIRA FARAH

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE
SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

Co-orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Ao meu pai, José Carlos

Por ter me feito sonhar, por ter concretizado este e todos meus sonhos,
por ser meu mestre, meu grande amigo, meu exemplo, meu orgulho, e
por ter mostrado que, juntos, somos e sempre seremos inabaláveis.

À minha mãe, Delisbela

Por ter acreditado neste sonho quando nem eu mesmo acreditava. Porque
quando o céu escureceu e eu tive medo, você tinha a certeza de que eu
passaria naquela prova. Aliás, mãe, você me ensinou a passar em todas
as provas.

Às minhas irmãs, Ana Cristina e Annalice

Por serem meus anjos da guarda, pelo amor incondicional, pelos seus
sonhos serem os meus sonhos e porque brindaremos a conquista de cada
um deles.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Professor Alvacir Alfredo Nicz pela excelência profissional, pela atenção e pela paciência com a qual orientou este trabalho.

Ao Professor Ricardo Marcelo Fonseca, por me guiar a tantos anos pela academia, pelo incentivo aos meus estudos e pela franca amizade.

Ao Professor Celso Luiz Ludwig, por todos os ensinamentos gentilmente cedidos.

À prima Clarissa, pelo inestimável apoio.

Aos primos Pedro Henrique e Paulo Roberto, pelo socorro sempre imediato.

Ao Jozildo, pela paciência e pela boa vontade na leitura do trabalho.

Ao amigo Lincoln pelos debates jurídicos.

Ao Diogo Oliveira, ao Rossi e à Luzia, pelo auxílio técnico de grande valia.

A todos os meus próximos, a todo meu povo, que nunca esqueci, porque se da mata o homem sai, à mata ele sempre retorna.

RESUMO

O Tribunal Superior do Trabalho garante a aplicação irresistível de suas súmulas por intermédio de um efeito vinculante. A obrigatoriedade da adoção do texto sumulado é insuficiente para que se considere a súmula, necessariamente, como fonte do direito, pois, desde que permaneça na seara da exegese, aquela não exerce função de lei, sob qualquer viés. Não se confunde o poder normativo do direito do trabalho com o a produção normativa do juiz, a qual se limita à interpretação, por maior amplitude que a crítica por uma hermenêutica emancipatória possa conferir a este conceito. A hermenêutica tradicional fornece mecanismos de interpretação capazes de identificar quando uma súmula não interpreta, mas, cria, embora a linha entre ambos possa ser tênue. Não há controle algum, que não o do próprio tribunal que as fabrica, de modo a impedir que súmulas prescrevam direitos. Se as súmulas deixam de atuar na reiteração de julgados e na prevenção de matérias e passam a criar, indiscriminadamente, elas assumem a capacidade, ao menos potencial, de inovar na ordem jurídica. As súmulas legiferantes portam, além da obrigatoriedade presente em qualquer súmula trabalhista, normas primárias ou secundárias. Tais súmulas anômalas afrontam diretamente a Constituição. Elas são atos normativos sob a roupagem de súmulas. Como os atos normativos não são exclusivos do Poder Executivo, uma vez enquadrada na natureza daquele instituto, a súmula deve se sujeitar ao controle concentrado de constitucionalidade. A vigilância constitucional alcança, por sua vez, alcança toda e qualquer súmula, e não apenas as legiferantes.

ABSTRACT

The Labor Supreme Court guarantees the irresistible application of the precedents by the means of a bond effect. The obligation of the precedent text adoption is insufficient in order for the precedents to be necessarily considered as a source of the law. This is so because as long as it remains in the exegesis ground, it does not hold the function of law under any circumstance. One does not mistake the normative power of the labor law with the normative production of the judge, who is limited to the interpreting, regardless the amplitude for an emancipating hermeneutics that the criticism could offer to this concept. The traditional hermeneutics provides interpretive mechanisms that are capable of identifying when a precedent does not interpret, but creates, despite the fine line that may exists between them. There is no way of avoiding the precedents to prescribe laws, but the ones the Court creates. If the precedents stop acting on prevention of materials and on the reiteration of the defendants and starts creating, without any restriction, they assume the ability, at least a potential one, of innovating the juridical order. The legiferating precedents have, aside from the obligatory state that is present in every labor precedent, primary or secondary norms. These anomalous precedents affront directly the Constitution. They are normative acts under the disguise of precedents. Considering that the normative acts are not exclusive of the Executive Power, once in the nature of that institute, the precedent should be compelled to the concentrated control of constitutionality. The constitutional watch reaches not only the legiferating precedent but each and every precedent there is.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. – Acórdão

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

Atual. - Atualizada

C. – Colendo

C. Pen. – Código Penal

CCT – Convenção Coletiva de Trabalho

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

DJ – Diário da Justiça

Eg. – Egrégio

Enunc. – Enunciado

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

LTr – Legislação do Trabalho

Min. – Ministro

N. – Número

Ns. – Números

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

RDA – Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

Res. – Resolução

RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência

RI – Regimento Interno

RT – Revista dos Tribunais

SDC – Seção de Dissídios Coletivos

SDI I e II – Subseção de Dissídios Individuais (I e II)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

T. – Turma

TJ – Tribunal de Justiça

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT.....	6
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	7
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A CRIAÇÃO DE SÚMULAS COM FUNÇÃO LEGISLATIVA	13
2.1 AS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.....	13
2.1.1 Delimitação das Súmulas	14
2.1.2 Características das Súmulas.....	19
2.2 O EFEITO VINCULANTE	31
2.2.1 O Cenário Nacional	32
2.2.2 Vinculação Indireta das Súmulas do TST.....	41
2.3 PODER NORMATIVO E FUNÇÃO JURISDICIONAL	61
2.3.1 As Fontes do Direito do Trabalho.....	62
2.3.2 São as Súmulas Fontes de Direito?	75
2.4 A INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS E A CRISE HERMENÊUTICA.....	85
2.4.1 A Hermenêutica Vigente.....	86
2.4.2 Uma Nova Hermenêutica?.....	95
2.5 DA INTERPRETAÇÃO À CRIAÇÃO	112
2.5.1 A Insuficiência, o Exagero e a Dúvida.....	114
2.5.2 Súmulas Legiferantes (casuística).....	132
3 A EXTINÇÃO DE SÚMULAS COM FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	153
3.1 AS SÚMULAS LEGIFERANTES E OS ATOS NORMATIVOS.....	153
3.1.1 Os Atos Normativos e a Ação Direta de Inconstitucionalidade	153
3.1.2 Súmulas Legiferantes como Normas Gerais e Abstratas	162
3.2 SUJEIÇÃO DE SÚMULAS À VIGILÂNCIA CONSTITUCIONAL	179
3.2.1 Inconstitucionalidade das Súmulas Legiferantes	181

3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	197
4 CONCLUSÕES	208
REFERÊNCIAS	215

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) edita súmulas consubstanciadas em verdadeiros textos legislativos, com aplicação geral e abstrata, que vinculam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, por intermédio de uma arquitetura jurídica subordinante, a qual garante a irresistibilidade ao seu cumprimento e se alicerça nos trâmites e fundamentos do direito do trabalho.

Além das súmulas interpretativas, que uniformizam a jurisprudência, pacificando entendimentos outrora controvertidos em relação a inúmeras matérias, a Corte máxima trabalhista concede a vários de seus textos sumulados a particularidade de criar, modificar e extinguir direitos.

Julga, o TST, as próprias leis que fabrica, sem que sofra qualquer espécie de controle, posto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) não alcança, a princípio, estes supostos procedimentos de conduta.

Este estudo tem por escopo analisar até que ponto o TST tem sua autorização normativa amparada pela Constituição e a conseqüente possibilidade de extravasamento de sua competência jurisdicional a partir da confecção de súmulas legiferantes.

Uma vez provado o desvio institucional de súmulas e a característica autônoma, anômala e ilegítima que as sustentam, bem assim os efeitos que elas acarretam em afronta direta à Constituição, este trabalho buscará apurar a real classificação jurídica destes instrumentos do direito e a conseguinte viabilidade de contensão desta prática.

A motivação para o ingresso nesta matéria e linha de raciocínio a ser desenvolvida, tem sua origem na prática da advocacia trabalhista quando, no exame de um caso concreto, houve a necessidade de se encontrar a justificativa jurisprudencial para a indenização sobre horas extras suprimidas, prevista na súmula 291, do TST, a fim de que se viabilizasse uma defesa munida de subsídios. Pela verificação do desamparo legal da referida súmula, constatou-se não apenas a existência de outras

tantas sob condições semelhantes, mas da engrenagem que as fabrica, fomenta e respalda.

É isento de dúvidas que o poderio da súmula guarda seus vértices inexplorados ou obscuros, que tramitam desde a intenção de sua criação até a aplicabilidade a cada caso concreto, e gera, há muito tempo, o inflame da indignação e a constatação de uma impotência diante do instituto, como bem reflete o voto vencido do Ministro Luiz Gallotti, ao combater a súmula 146 do STF, em *habeas corpus* julgado em 17 de novembro de 1971:

Ora, se entendo, *data vêniam*, que a *Súmula* 146 é errônea porque fere três vezes o C. Pen., jamais poderia ampliá-la, embora a ela tenha que submeter-me enquanto revista não for. Claro que teria de aceitar o que necessariamente, decorresse dela, pois isso já não seria ampliá-la e sim obedecer-lhe¹.

Mesmo que outros tribunais superiores editem súmulas que possam portar efeito legiferante, estuda-se, por opção, as advindas do TST. A fim de se iniciar a exploração do tema em conflito, as súmulas do TST são de grande plasticidade e envolvem uma boa opção didática como objeto de trabalho, pela evidência de seu efeito vinculante e pela clareza na exemplificação de várias inovações do direito. Embora mais importante que a evidência de textos simulados legiferantes seja o mecanismo que este tribunal desenvolve para tutelá-los, extraem-se, adiante, exemplos simulados que se descuidam da função de súmulas e assumem função de lei.

Há que se denotar no decorrer do presente trabalho, ainda, a ausência de uma discriminada análise histórica do desenvolvimento das súmulas, a passar pelos assentos das Ordenações Manoelinas e da Casa da Suplicação das Ordenações Filipinas, bem assim de prejudgados. Ocorre que a própria instituição original das súmulas, com sua característica ancilar de lei, é marco histórico a se resgatar. Nada obstante, quando uma referência histórica interessa objetivamente à comparação e construção de um dado raciocínio, ela é inserida no contexto, como há de ocorrer, notadamente, com os extintos prejudgados.

¹REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA (RTJ). Brasília: Supremo Tribunal Federal, v. 62, dez. 1972. p. 590.

Da mesma forma, a observação de divisões de escolas e tendências, do tratamento de súmulas em outros países e de teses rompantes de juristas identificados como ícones jurídicos são contribuições a serem tomadas em consideração, na medida em que interessem ao desenvolvimento de cada tópico analisado.

Embora sejam desenvolvidos argumentos sobre o direito coletivo, seu poder normativo - mesmo que fortemente limitado, em especial pela nova redação do art. 114, §2º da Constituição (a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004) - e peculiaridades quanto aos precedentes normativos, é fato e natural, nessa tessitura, que o problema sob estudo seja focado nas súmulas direcionadas ao direito individual do trabalho.

Destarte, convém frisar que a proposta a se construir não coaduna com as tendências e proposições quanto ao controle externo do Poder Judiciário, mas destaca a necessidade iminente de um controle interno, pelo STF, a incidir sobre as súmulas do TST.

2 A CRIAÇÃO DE SÚMULAS COM FUNÇÃO LEGISLATIVA

2.1 AS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O instituto das súmulas, identificado como o veículo demonstrativo e direcionador da intenção padronizada dos julgadores do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a partir da síntese das decisões reiteradas deste mesmo tribunal², sempre existiu no campo do direito do trabalho³, fosse pela sinonímia nominal⁴, por *enunciados de súmulas* ou pela atividade parcial dos *prejulgados* que, embora guardassem a prerrogativa de se anteciparem aos casos concretos, não descartavam a atividade de sumular⁵. Neste ponto, vários prejulgados foram convertidos em súmulas pela Resolução Administrativa n. 102 do TST, de 11 de outubro de 1982, a exemplo as súmulas n. 138 (ex-prejulgado n. 9), 149 (ex-prejulgado n. 22), 158 (ex-prejulgado n.

²Embora trate genericamente do direito brasileiro, Lenio Luiz Streck segue linha de raciocínio semelhante: “[...] súmulas são o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal superior brasileiro, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência, ou, no caso do Superior Tribunal de Justiça, também como resultado de decisões firmadas por unanimidade pela Corte Especial ou por uma Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes (art. 122, §1º, do RISTJ)”. (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 116).

³A partir da criação da Justiça do Trabalho. Por esta razão não é feita, neste tópico, referência aos históricos assentos aplicados outrora ao ordenamento jurídico brasileiro, senão indiretamente aos que foram transformados em prejulgados (art. 861 do Código de Processo Civil [CPC] de 1939). Os assentos que permaneceram em Portugal até períodos recentes serão analisados em todo o corpo deste estudo, quando a contextualização deles se fizer pertinente).

⁴Sobre a etimologia, argumenta Roberto Babiloni Leite que “o vocábulo súmula provém do latim *summula*, diminutivo de *summa*, que possuía várias acepções. Significava o ponto mais alto, a primeira categoria, a soma, o ponto essencial ou a autoridade suprema. O significado que permaneceu, porém, na língua portuguesa foi o de sumário, resumo, sinopse” (LEITE, Roberto Babiloni. *Manual de direito sumular do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 13).

⁵Registre-se o inconformismo com a expressão ora utilizada (empregada, outrossim, por toda a extensão do presente trabalho) por parte de Manoel Antonio Teixeira, para quem o emprego da súmula como função adjetiva incorre no uso indevido da gramática (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas processuais do TST*. São Paulo: LTr, 1981. p. 15).

35). A jurisprudência dominante do TST, como se verá neste item 2.1, alcança igual patamar.

2.1.1 Delimitação das Súmulas

Criadas em 1946 e oficializadas em 1963, as súmulas propriamente ditas⁶, também denominadas neste estudo de súmulas *stricto sensu*, coexistiam com os prejudgados (até a extinção destes pela Lei n. 7.033, de 1982) e ora eram súmulas, ora enunciado de súmulas, de acordo com as oscilações das resoluções do TST⁷. Enunciados de súmulas ou, simplesmente enunciados, voltaram a ser nomeados de súmulas por determinação do TST, mediante sua resolução n. 129, datada de 5 de abril de 2005⁸.

É a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos que incube a proposição de edição, revisão ou cancelamento de súmula, na forma do art. 157 do Regimento Interno (RI) do TST. A sugestão para edição, revisão ou cancelamento de súmula por mais de 10 Ministros é remetida pela Comissão ao Tribunal Pleno (§1º do art. 158 do RI do TST), e a de qualquer Ministro, encaminhada para apreciação pela Comissão (§2º do art. 158 do RI do TST).

Diferentemente das súmulas, que devem ser submetidas ao Pleno e requerem procedimentos mais apurados para que sejam manipuladas, segundo dispõe o art. 160 do RI do TST⁹ (sopesando-se que a subjetiva previsão de “relevante interesse público”

⁶ Excluindo-se temporariamente desta análise a jurisprudência dominante do TST.

⁷ A Resolução Administrativa do TST nº 44, de 28 de junho de 1985, converteu as súmulas em Enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante no TST, embora sob a mesma enumeração.

⁸ DJU 20.4.05.

⁹ “Art. 160. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I - 3 (três) acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade em torno da tese;

II - 5 (cinco) acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples;

III - 9 (nove) acórdãos de 3 (três) Turmas do Tribunal, sendo 3 (três) de cada, prolatados por unanimidade; e

IV - 2 (dois) acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

Parágrafo único. Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos Órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem

constante no parágrafo primeiro do mesmo artigo, autorize o Tribunal Pleno a ceifar qualquer protocolo, como se verá no item 2.1.2), as orientações jurisprudenciais da Seção Especializada em Dissídios Individuais — notadamente, as jurisprudências de SDIs, as quais, por simples economia textual, serão denominadas doravante de SDI(s) - bipartida em Subseção I (SDI – I) e Subseção II (SDI – II) necessitam de menos formalismo para suas edições.

Então eis que a adoção, modificação ou cancelamento de SDIs são de competência da própria Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos; entretanto também, registre-se que os verbetes das orientações jurisprudenciais da subseção (assim formalmente chamados após aprovados – parágrafo único do art. 168 do RI do TST –, embora permaneça para a doutrina, a jurisprudência e aos fins deste trabalho com a denominação SDI) podem ser instituídos, conforme a redação do parágrafo único do art. 167 do RI do TST, por:

I - 3 (três) acórdãos da Subseção respectiva reveladores da unanimidade em torno da tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 6 (seis) Ministros, se se tratar da Subseção I, e 5 (cinco) Ministros, se se tratar da Subseção II, computados apenas os votos dos integrantes da composição efetiva da Subseção; e

II - 5 (cinco) acórdãos da Subseção respectiva, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 6 (seis) Ministros, se se tratar da Subseção I, e 5 (cinco) Ministros, se se tratar da Subseção II, computados apenas os votos dos integrantes da composição efetiva da Subseção.

O TST confere à produção ou cancelamento de SDIs uma celeridade mais significativa do que a dispensada às súmulas. Roberto Babiloni Leite completa que “a prática é extremamente útil e eficaz, pois propaga as idéias predominantes na Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior com incrível rapidez, premunindo e alertando para a possível aprovação das respectivas súmulas”¹⁰. Com efeito, várias destas SDIs (I e II) foram convertidas em súmulas ou incorporadas às súmulas existentes, na forma da Resolução n. 129/2005, de 5 de abril de 2005¹¹ e da Resolução

dos Advogados do Brasil ou a Confederação Sindical de âmbito nacional suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação pelo Tribunal Pleno de proposta de edição de Súmula, dispensados, nesta hipótese, os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, deliberada preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público”.

¹⁰ LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 46.

¹¹ DJU, 20.4.2005.

n. 137, de 4 de agosto de 2005¹², o que culminou na edição das súmulas de números 364 a 422.

Embora de origens diferentes, súmulas *stricto sensu* e SDI têm, para efeito do direito individual do trabalho, especificamente em instância ordinária, efeitos iguais. Dessa feita ainda que presente o obstáculo formal, é a correspondência material que garante identidade isonômica entre ambos os institutos¹³.

O efeito da igualdade material entre súmulas *stricto sensu* e SDIs é garantido por suas conseqüências práticas, a partir da leitura do art. 896 da CLT. Depreende-se do aludido artigo, cujo conteúdo versa sobre os requisitos de admissibilidade dos recursos de revista, que o recurso contrário à súmula ou SDI do TST não é apreciado, por conta da amplitude especial que é dada à sua alínea *a* (de forma a se compreender que por dispositivos de lei federal interpretados via *Súmula de Jurisprudência Uniforme e Seção de Dissídios Individuais*, há coincidência, no mínimo, com toda a extensão da CLT, salvo a exceção contida no §6º e dissídios coletivos) e ao seu §4º.

Assim estatui o art. 896 da CLT:

Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

[...]

§ 4.º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho;

§ 5.º Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo.

§ 6.º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República.

¹² DJU, 22.8.2005.

¹³COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e a reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 174.

Independentemente das funções que uma súmula possa adquirir, como será verificado no item 2.1.2, pelo exposto e para os fins do art. 896 da CLT, a função prática mais eficaz que pode moldura-la se exterioriza no seu mecanismo de admitir ou denegar seguimento a recurso. O art. 154 do RI do TST, aliás, confirma tal assertiva ao preconizar que “para efeito do disposto nos artigos 894, alíneas a e b, e 896, alíneas a e b e §§ 3º, 4º, 5º e 6º da Consolidação das Leis do Trabalho, será consubstanciada em verbete a Súmula da Jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho”. Sob este prisma, exclusive na seara de procedimento sumaríssimo e dissídio coletivo, como visto, súmula *stricto sensu* e SDI não guardam distinção alguma. Antônio Álvares da Silva expõe compreensão semelhante, ao inferir que “só na jurisdição trabalhista, somando-se os enunciados, as orientações jurisprudenciais definitivas e provisórias, bem como a jurisprudência predominante nas turmas, é bem provável que o número de sumulações, em sentido amplo, já alcance os 922 artigos da CLT.”¹⁴

Em paralelo às SDIs, atuantes na esfera dos dissídios individuais do TST, não se pode olvidar dos precedentes normativos e as conseqüentes orientações Jurisprudenciais da Seção de Dissídios Coletivos (SDCs). Neste ponto, cumpre ressaltar que tal instituto não será apreciado em condições de igualdade com as súmulas em evidência à luz deste trabalho (como já delimitado na Introdução retro). Os precedentes de dissídios coletivos¹⁵ são dotados de um poder normativo que, conquanto limitados em seu conteúdo e ameaçados pela ordem política vigente (sobretudo a partir da nova leitura do §2º do art. 114 dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004¹⁶), se diferenciam das súmulas *stricto sensu* e das SDIs.

Depreende-se dos dois grandes grupos que dissídios coletivos e individuais possuem naturezas diversas; enquanto a orientação geral aos dissídios individuais cabe às súmulas *stricto sensu* e SDIs, os dissídios coletivos requerem uma proximidade

¹⁴SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004. p. 128.

¹⁵Criados, modificados ou cancelados pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos (parágrafo único do art. 168 do RI do TST).

¹⁶“§ 2.º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

com o caso concreto, mediante uma *verticalização* no objeto específico, examinando suas mínimas peculiaridades, pois o veredito estabelece normas entre os litigantes¹⁷.

Os dissídios coletivos têm função normativa e as súmulas *stricto sensu* e SDIs servem de referência a casos concretos, por intermédio de uma função-meio interpretativa.

Ao contrário ainda das súmulas sob comento, ao alcançarem os dissídios coletivos o *status* de precedentes normativos (como jurisprudências alcançam o *status* de súmulas), a proximidade com o caso concreto tende a se diluir, e passa a ser pinçada em tópicos congruentes. Os precedentes não buscam a uniformização de julgados, mas identificar casos homogêneos ou, como prefere Orlando Teixeira da Costa, observar homogeneidades em casos heterônomos ou identidades parciais dentre as diversidades econômicas e culturais de grupos profissionais, acentuadas por esferas espaciais e temporais distintas¹⁸.

Por mais paradoxal que pareça, a consolidação da jurisprudência dominante que versa sobre dissídios coletivos em precedentes normativos culmina com o afastamento do motivo pelo qual foram estes criados, identificado pela aproximação da realidade¹⁹. Para tanto, tendem tais instrumentos a encontrar uma aproximação finalística aos textos legais, pelo que assevera Otavio Brito Lopes que os precedentes normativos acabam “atraindo em sua quase totalidade as desvantagens das leis genéricas para solução de questões específicas e concretas, localizadas fora da esfera de atuação da lei formal”²⁰.

Destarte como as instruções normativas (previstas a partir do art. 306 do RI do TST) tampouco interessam ao objeto deste estudo por fugirem ao interesse objetivo

¹⁷ Completa Meirelles Teixeira que “a jurisprudência pode assumir força normativa, vinculante para os demais juízes e tribunais, quando se trate de decisões da Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, casos em que poderão estabelecer normas e condições, ‘respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho’” (TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 37-38).

¹⁸ COSTA, Orlando Teixeira da. *Breve introdução aos precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 1993. p. 17.

¹⁹ LOPES, Otavio Brito. Os precedentes normativos do TST – cancelamento. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 3, p. 348, mar. 1999.

²⁰ Idem.

dos litigantes²¹, destacam-se, efetivamente, as súmulas *stricto sensu* e as SDIs, as quais serão também identificadas como súmulas *lato sensu*, ou, simplesmente, súmulas.

2.1.2 Características das Súmulas

Ao traçar uma escala hierárquica sobre as funções da súmula, Amador Paes de Almeida destaca como principal a de “uniformizar a jurisprudência, traçando orientação precisa e segura nas questões mais controvertidas”²².

De fato, irrefutável é a importância da súmula na consolidação da jurisprudência, com escopo de pacificar entendimentos até então controvertidos, bem assim evitar repetições desnecessárias²³. A pacificação dos julgados pela homogeneização da jurisprudência, é, aliás, o teor do art. 479 do CPC ao dispor que: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e continuará precedente na uniformização da jurisprudência”.

O Ministro Marco Aurélio, do STF, em voto proferido na ADIn 594 vai mais longe e argumenta que

[...] a súmula surgiu no cenário jurídico em face da conveniência, até mesmo, de preservar-se a unidade do Direito e de imprimir-se uma certa Política Judiciária, evitando-se que, tanto quanto possível, diante de uma mesma norma, haja variação maior de julgados, com a quebra da unidade do próprio Direito.²⁴

²¹ “(...) a instrução normativa uniformiza, esclarece e acelera a prestação jurisdicional, na medida em que orienta advogados e juízes de graus inferiores acerca do entendimento da Suprema Corte Trabalhista” (ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 406).

²² Ibidem, p. 397.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 225. No mesmo sentido e especificamente em relação à seara do direito do trabalho, Orlando Teixeira da Costa argumenta que “os enunciados trabalhistas expressam a pacificação da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da interpretação que deve ser dada a dispositivos das leis que regulam as relações materiais ou processuais de trabalho. Trata-se de um instituto uniformizador” (COSTA, Orlando Teixeira da, op. cit., p. 17).

²⁴ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 25.

Note-se, contudo, que esta *política judiciária* não tem, para o Ministro em referência e por conta do fragmento do voto acima transcrito, uma conotação de criação do direito, mas de uma unidade na administração judiciária.

Poder-se-ia questionar se a função da súmula de unificar a jurisprudência pode ser partilhada com o processo de uniformização de jurisprudência, de acordo com previsão do art. 476 *usque* art. 479 do CPC e do art. 156 do RI do TST²⁵, que tem aplicação, principalmente, sobre divergência de julgamento entre Turmas ou na Seção Especializada em Dissídios Individuais. A resposta, todavia, seria negativa, uma vez que a intenção ideal quanto ao trâmite da uniformização é que o entendimento uniforme seja consubstanciado em súmula (ainda que tão-somente a *stricto sensu*), segundo dispõe o §12 do art. 156 do RI do TST.

²⁵ “Art. 156. O incidente de uniformização reger-se-á pelos preceitos dos artigos 476 a 479 do Código Processo Civil.

§ 1º O incidente pressupõe a divergência de julgados oriundos de Turmas diversas do Tribunal ou da Seção Especializada em Dissídios Individuais sobre interpretação de regra jurídica, não necessariamente sobre matéria de mérito, podendo resultar, também, da verificação, pelos votos proferidos, de que o Colegiado adotara tese diversa da fixada em julgado prolatado por outro Órgão julgante.

§ 2º O incidente pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público do Trabalho ou por qualquer dos julgadores, pressupondo, nos dois primeiros casos, divergência jurisprudencial já configurada.

§ 3º O Ministro somente poderá suscitar o incidente ao proferir seu voto.

§ 4º Quando suscitado pela parte, a petição, devidamente fundamentada, poderá ser apresentada até o momento da sustentação oral, competindo ao Órgão julgador apreciar preliminarmente o requerimento.

§ 5º Verificado o dissídio jurisprudencial pelo Colegiado, cumpre-lhe dar seqüência ao incidente, lavrando o acórdão o Relator do recurso e, se vencido, o Ministro que primeiro tenha se manifestado no sentido da tese vencedora.

§ 6º A determinação de remessa ao Tribunal Pleno é irrecorrível, assegurada às partes a faculdade de sustentação oral por ocasião do julgamento.

§ 7º Será Relator no Tribunal Pleno o Ministro originariamente sorteado Relator do feito em que se verifica o incidente de uniformização; se vencido, o Redator do acórdão referente ao incidente. Caso o Relator originário não componha o Tribunal Pleno, o feito será distribuído a um dos membros deste Colegiado.

§ 8º Os autos serão remetidos, em primeiro lugar, à Comissão de Jurisprudência, para emissão de parecer e apresentação da proposta relativa ao conteúdo e redação do verbete a ser submetido ao Tribunal Pleno, e, em segundo lugar, serão conclusos ao Relator para exame e inclusão em pauta.

§ 9º As cópias do acórdão referente ao incidente de uniformização e do parecer da Comissão de Jurisprudência serão remetidos aos Ministros da Corte, tão logo incluído em pauta o processo.

§ 10. Como matéria preliminar, o Tribunal Pleno decidirá sobre a configuração do dissenso jurisprudencial, passando, caso admitido, a deliberar sobre as teses em conflito.

§ 11. A decisão do Tribunal Pleno sobre o tema é irrecorrível, cabendo, ao Órgão julgador, no qual foi suscitado o incidente, aplicar à espécie, quando da seqüência do julgamento, a interpretação fixada.

§ 12. A tese adotada por maioria absoluta no julgamento pelo Tribunal Pleno será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Superado este tópico, fato é que interpretações divergentes sobre uma mesma questão causam intranquilidade de juízes e litigantes²⁶, bem como a instabilidade da máquina jurisdicional por não se poder localizar a exegese que predomina em determinada época e, de conseqüência, o surgimento de entendimentos já ultrapassados, e é justamente o mecanismo da interpretação (a partir do conflito de interpretações díspares) que prima por consolidar o entendimento vigente dos tribunais superiores em súmulas.

Note-se que a finalidade da súmula não é interpretar, mas firmar entendimentos dominantes, estabelecer condutas direcionais como elemento ancilar de lei e contribuir para a celeridade processual. Tais atos constituem a função derradeira da súmula, embora seja a interpretação a *função-meio*, pois a súmula é criada sob a função de interpretar uma questão jurídica em um ou outro sentido, para que se alcance os efeitos acima destacados. A exegese é a forma, o mecanismo para o alcance deste fim. Ainda que súmula *seja* interpretação, seu objetivo não se resume nela.

Conquanto José Joaquim Gomes Canotilho limite a interpretação do juiz à compreensão e readaptação do direito oficial preexistente ao caso concreto²⁷, é mister destacar uma peculiaridade que amplia as funções da súmula no direito do trabalho brasileiro para que venha a interpretar não apenas direitos conflitantes e revisitados por acórdãos, mas que atue de modo preventivo, em claro resgate dos extintos prejudgados.

Ao invés de direcionar interpretações diversas em um dado sentido, com o fito de estabilizar a máquina jurisdicional, tranquilizar juízes e litigantes, como visto acima, a súmula conquistou a possibilidade de gerar instabilidade e intranquilidade desde o instante em que passou a prever determinada interpretação para questões que não obedeceram ao processo de debate nos tribunais, que não trouxeram consigo um alicerce histórico de interesses colidentes.

O desenvolvimento que se dá a este trabalho caminha à discordância da visão de Pedro Vidal Neto a respeito da função das súmulas, para quem estas possuem o

²⁶ ALMEIDA, Amador Paes de, op. cit., p. 398.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, op. cit., p. 225.

propósito específico de ceifar conflitos de interpretação²⁸, posto que tal função torna-se inócua quando não há a preexistência do conflito.

É bem verdade que o art. 160 do RI do TST elenca em seus quatro incisos os pré-requisitos para que se considere a reiteração da súmula:

Art. 160. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I - 3 (três) acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade em torno da tese;

II - 5 (cinco) acórdãos da Seção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples;

III - 9 (nove) acórdãos de 3 (três) Turmas do Tribunal, sendo 3 (três) de cada, prolatados por unanimidade; e

IV - 2 (dois) acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

Ainda que a reiteração dispense a existência de um pré-conflito nos tribunais de segunda instância, uma vez que nada impede que seja criada e discutida uma determinada matéria dentro das Turmas do TST, é o parágrafo único deste mesmo artigo que fornece a subjetividade suficiente para a confecção sumária de súmulas:

Parágrafo único. Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos Órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou a Confederação Sindical de âmbito nacional suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação pelo Tribunal Pleno de proposta de edição de Súmula, dispensados, nesta hipótese, os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, deliberada preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público.

Assim, é o Tribunal Pleno do TST o responsável por classificar a relevância de assuntos como de interesse público²⁹, mormente ao se conhecer, de antemão, a amplitude que circunda tal assertiva, por manipular a Justiça do Trabalho, precipuamente, questões econômicas e créditos de natureza alimentar.

Se o efeito vinculante dos extintos prejudgados já não causam estranheza para o ordenamento jurídico brasileiro, em face da disposição da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, relativamente às súmulas do STF (e, a se estudar no

²⁸ VIDAL NETO, Pedro *Do poder normativo da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1983. p. 121.

²⁹ Pela redação do artigo 64, §2º, inciso I, do RI do TST, a definição da existência ou não de interesse público, para o Tribunal Pleno, se sujeita à aprovação de 2/3 dos votos.

item 2.2, este mesmo efeito vinculante é acusado também na eficácia das súmulas trabalhistas), o caráter preventivo outrora atribuído aos prejudgados segue idêntica trilha, pelo menos em relação às súmulas *stricto sensu*, pois embora as SDIs tampouco necessitem de reiteração em segunda instância (parágrafo único do art. 167 do RI do TST), elas prescindem da redação do parágrafo único do art. 160 do RI do TST.

Explicitou-se na introdução deste trabalho a proposta de não se observar, aqui, o histórico³⁰ das súmulas e o fato da recorrência aos extintos prejudgados. No entanto, os argumentos ora traçados não se configuram exceção a esta meta, pois a essência destes - seja pela característica preventiva, seja pelo efeito vinculante³¹ - continua presente.

Para Roberto Barreto Prado, a natureza do prejudgado consistia no “[...] pronunciamento prévio, em consequência de divergência sobre a mesma tese jurídica entre turmas ou grupos de turmas, ou mesmo entre os tribunais do mesmo escalonamento hierárquico”³². De fato, os textos dos prejudgados poderiam ser compostos de uma função *inovadora*, não no sentido de criarem na ordem jurídica (afastando-se, portanto, um possível cunho político dos prejudgados, exclusive a *política* que se possa discutir a partir do exercício da interpretação, como se verá no

³⁰ Caracterizado pela superação de *realidades*.

³¹ Sobre o efeito vinculante dos prejudgados, assim preconizava o art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Art. 902. É facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejudgados, na forma que prescrever o seu regimento interno. § 1º Uma vez estabelecido o prejudgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juízes do Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo” (Revogado pela Lei n. 7.033 de 5 de outubro de 1982). Antes mesmo de ser revogado o artigo em referência, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia debatido a questão da obrigatoriedade de acolhimento dos prejudgados às instâncias inferiores, na Representação n. 946, de 2 de maio de 1977. Nada obstante, a Resolução Administrativa n. 127 do TST (de 12 de dezembro de 1979) manteve o prejudgado até a data da efetiva revogação em 1982. Manoel Antonio Teixeira Filho relata enfaticamente o processo histórico do prejudgado trabalhista, descrevendo que “constitui um dos mais inveterados equívocos históricos, porém, a afirmação de que o STF teria declarado a inconstitucionalidade dos Prejudgados trabalhistas. Na verdade, o que se passou foi o seguinte: o Procurador-Geral da República [...] ingressou no STF, com a Representação n. 946. Essa Representação, entretanto, não foi ‘conhecida’ por uma questão de ordem, essencialmente técnica; ocorre que este ato do Procurador-Geral da República teve como objeto os Prejudgados [...] e não – como deveria ser – o art. 902, da CLT, que autorizava o TST a adotá-los. A Representação atacou, pois, o mero efeito e não a causa. Por esse motivo, não foi conhecida. De qualquer maneira, mesmo assim, o STF, aproveitou a oportunidade para afirmar, *en passant*, não reconhecer caráter normativo aos Prejudgados” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 24 jan. 2005).

³² PRADO, Roberto Barreto. *Curso de direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 370.

item 2.4 deste trabalho; nesse passo, no entanto, digno de registro que tal alternativa, desde logo, deve ser negada), mas de desgarrarem-se do compromisso com a reiteração de julgados direcionados a determinadas confecções, prevendo, dessa maneira, casos futuros, ainda que não confrontados ou consolidados em entendimentos unificados por acórdãos do TST³³, diferentemente das súmulas, atreladas a teses jurisprudenciais pretéritas. Criou-se, assim, doutrinalmente, uma suposta incomunicabilidade entre ambos os institutos, no sentido de que as súmulas não exerceriam a *prevenção* de direito, a exemplo dos prejudgados.

Aduz Manoel Antonio Teixeira Filho que “enquanto as Súmulas constituem uma cristalização da jurisprudência uniforme e reiterada do TST, vale dizer, têm como pressuposto a preexistência de diversos acórdãos convergentes; os Prejudgados, ao contrário, são pronunciamentos *prévios* em relação a determinados casos concretos”³⁴.

O que impede, entretanto, a súmula de inovar na interpretação e trazer texto sumulado que não passou pela *via crucis* dos julgamentos precedentes? Nada. Nenhuma prescrição legal ou orientação reprime dita prática.

Perceba-se que, mesmo que uma súmula não seja criada como fruto da repetição de julgados, ela, ainda assim, permanece na seara interpretativa; a necessidade da reiteração do assunto jurídico discutido é dispensável, pois basta uma compreensão peculiar da realidade em um dado momento e espaço para que surja uma interpretação nova.

Diversas súmulas do TST podem provar que a ausência de *reiteração* para a confecção de seus textos não é exclusividade dos prejudgados, tais como, por exemplo,

³³Roberto Babiloni Leite segue a mesma trilha ao mencionar que uma característica marcante dos prejudgados era a ausência de compromisso destes com o requisito da *reiteração*, presente nas súmulas, uma vez que bastava uma única seção do TST para confeccionar prejudgado completamente desvinculado de julgamentos prévios (LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 15-16). Completa o autor que “não consistia o prejudgado num ato da sedimentação da jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, mas no pronunciamento prévio do Tribunal em relação a determinados assuntos [...] daí a denominação *prejudgado*, que implica a idéia de julgamento prévio, de decisão superior que se antecipa aos julgados da instância inferior, numa espécie de inversão da ordem natural dos julgamentos” (Ibidem, p. 37).

³⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas ...*, op. cit., p. 20. No mesmo sentido, Pedro Vidal Neto afirma que “a diferença notória entre os prejudgados e as súmulas está em que estas não têm, *legalmente*, força obrigatória. Por outro lado, somente podem resultar de conflito pretoriano concreto. Não podem ter caráter preventivo, ao contrário dos prejudgados” (VIDAL NETO, Pedro, op. cit., p. 122).

a súmula 330³⁵ (e, com muito mais ênfase, seu texto original³⁶) e a súmula 291³⁷, ambas do TST.

Wagner Giglio alude às súmulas com interpretação nova, do seguinte modo:

Os bons resultados práticos obtidos incentivam a adoção de Súmulas pelo Tribunal Superior do Trabalho, a partir de 1969. E, à medida em que aumentou o número de processos, maior foi o número de Súmulas formuladas, até o ponto de, desvirtuando esse instituto, serem elas criadas para prevenir litígios – função reservada precípua e exclusivamente aos Prejulgados – e não para divulgar jurisprudência sedimentada³⁸.

Uma vez que súmulas e prejulgados não partilham, inicialmente, dos mesmos conceitos (pois a aquela adviria da interpretação reiterada e esta serviria à confecção preventiva), a prática da rápida e incessante produção de súmulas se encarrega, de fato, de confundir súmula e prejulgado quanto à natureza da matéria tratada, pelo fato da súmula não estar necessariamente (senão, geralmente) atrelada às interpretações uniformes e reiteradas do TST. Entrementes, se a súmula for vinculante (inclusive as do TST, como se tratará no item 2.2), a diferença entre ambos os institutos restringe-se à nomenclatura.

³⁵ “330. *Quitação – Validade – Redação dada pela Res. 108/2001, DJ 18.04.2001.* A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação”.

³⁶ “330. *Quitação – Validade – Revisão do Enunciado n. 41.* A quitação passada pelo empregado, com assistência de Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo. (Res. 22/1993, DJ 21.12.1993)”.

³⁷ “291. *Horas extras – Revisão do Enunciado 76 – RA 69/1978, DJ 26.09.1978.* A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. (Res. 1/1.989, DJ 14.04.1989)”.

³⁸GIGLIO, Vagner D. Apresentação. In: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas...*, op. cit., p. 7.

Embora de origens desiguais, a súmula advinda de um histórico de reiteração gera igual efeito jurídico àquela que não o possui: a aplicação futura; logo, tanto uma súmula como a outra fazem uso da tomada de posição sobre um dado sentido interpretativo. Aqui a distinção é que no primeiro caso a interpretação é alicerçada por uma repetição de julgados e, no segundo, não. Assim, ambas passam a prever uma situação fática (com ou sem escorço histórico-jurisprudencial) moldada a todo e qualquer caso que se adequar a ela, aplicando-se, portanto, a casos futuros e sobre toda a jurisdição alcançada pelo direito do trabalho.

A aplicação futura das súmulas possui duas vertentes: ou ela caminha para a função-meio trivial da súmula, qual seja, a interpretativa - pois tanto a de interpretação reiterada quanto a de interpretação *nova* não escapam à seara da interpretação – ou, para uma função-meio que lhe é anômala e defesa pelo ordenamento jurídico pátrio: a da prescrição de direito (independentemente do interesse-fim). Destarte, logicamente, a interpretação *nova* é criação de interpretação, não se confundindo, desse modo, com a criação do direito.

À parte do objetivo perseguido pela sua *função-meio* (*interpretar* ou *criar direito*), a súmula se constitui em uma instituição cogente de conduta. A súmula transcreve o entendimento que julga o tribunal superior³⁹ ser o mais adequado e, no momento em que entra em vigor, predestina o resultado de um processo, em qualquer grau de instância, que verse sobre matéria por ela prevista.

Ao traçar comentário sobre o art. 479 do CPC em vigor⁴⁰, ainda que defronte à Constituição de 1967, José de Albuquerque Rocha demonstrou preocupação com a força com a qual se poderia revestir a súmula no direito brasileiro: “O enunciado de que o julgamento ‘constituirá precedente’, na uniformização da jurisprudência, é destituído de qualquer efeito jurídico, devendo ser entendido como se fora uma espécie de conselho ou guia de observância não obrigatória.”⁴¹.

³⁹Ainda que os tribunais inferiores fabriquem súmulas, são efetivamente as dos tribunais superiores as que nos interessam, como visto.

⁴⁰ “Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

⁴¹ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977. p. 60.

As súmulas ditam, de fato, formas de procedimento. Elas não se encerram na celeridade processual, uma vez que os tribunais inferiores têm a consciência de que a decisão contrariada por súmula é invariavelmente modificada pela instância máxima (salvo uma ou outra divergência quanto à interpretação da súmula, por parte do próprio tribunal superior, ou, uma excepcional negação à súmula, da mesma maneira que se nega um texto de lei, como se verá no item 2.5). Assim, pouco recomendável descartar sumariamente e a esta altura do estudo, a visão de que a padronização de conduta a partir do entendimento sumulado configurar-se-ia como consequência da atividade uniformizadora deste instituto⁴².

A padronização de conduta não se confunde com regra de conduta, cuja característica se harmoniza com os instrumentos legiferantes. Se a súmula do tribunal superior adquire por si só uma coercibilidade subjetiva, dada a modificação que se promove na instância máxima de decisão em grau inferior que contrarie previsão sumulada, o efeito vinculante preenche a lacuna objetiva que faltava. Ainda assim, padroniza-se uma conduta, pois o que se vincula é uma interpretação e não uma regra. Por essa razão, a súmula não ultrapassa a barreira de instrumento auxiliar de lei, atuando de forma a se esclarecer a matéria tratada, prescrita em lei (dada sua complexidade ou dúvida)⁴³. A título ilustrativo, o informe de que Luiz Flávio Gomes trata da utilidade funcional da súmula, no sentido de que a controvérsia por ela combatida seja atual e fruto de uma insegurança jurídica⁴⁴.

Quanto à fiscalização, a súmula é envolta por uma série de elementos atenuantes que impedem, a princípio, que seja vista como uma ameaça iminente à ordem constitucional vigente, pelo fato de seu conteúdo ter supostamente eficácia restrita quanto aos próprios tribunais superiores, aos tribunais inferiores e aos juízos monocráticos, de modo a gerar suscetibilidade de contradita pelas partes (desde que não vinculantes as súmulas) e ser suscetível de modificação pelo próprio tribunal que a

⁴²Ibidem, p. 60-61.

⁴³ALMEIDA, Amador Paes de, op. cit., p. 398.

⁴⁴GOMES, Luiz Flávio. Eficácia e extensão das súmulas vinculantes. *Jornal síntese*, São Paulo, ano 9, n. 102, p. 5, ago. 2005.

cria; aliás, no que concerne a este último argumento, a contribuição de Manoel Antonio Teixeira Filho:

Efetivamente, a lei é editada em função de determinada realidade social, que, constitui, deste modo, o seu fato condicionador. Nada mais racional e imprescindível, portanto, que a mutação dessa realidade determine a conseqüente revisão das interpretações até então assentes, quanto aos dispositivos legais, ainda que não se lhes possa alterar, com isso, a literalidade⁴⁵.

O fato da súmula ser modificada pelo próprio tribunal que a criou não significa dizer que tal modificação é célere e constante; como a súmula possui uma característica de *atemporalidade* (não está adstrita a um período de tempo predeterminado) é protegida, segundo a expressão de António Castanheira Neves, por uma “imutabilidade do lógico atemporal”⁴⁶. Deve haver uma alteração substancial no entendimento da jurisprudência (ou, leia-se, no entendimento individualizado da maioria dos juízes votantes, seja do *quorum* total na edição de enunciados, seja no *quorum* parcial na edição de SDIs) que, geralmente, obedece a um desenvolvimento histórico-evolutivo lento, contrastante e emancipatório, a fim de que uma súmula já existente seja modificada ou extinta. O TST, especificamente, produz uma média de criações anuais de súmulas. Contudo, as extinções ou modificações, são muito esparsas e as últimas mais significativas, ocorreram com a Resolução Administrativa n. 121, de 28 de outubro de 2003. A título de ilustração, há súmula do TST em vigor desde 1969 (súmula 1).

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe às súmulas que passam a adotar expressamente o efeito vinculante (excluídas, portanto, as do TST), a possibilidade de sofrerem controle externo, pelos mesmos titulares capacitados a promoverem Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), na forma do §2º do art. 103-A da Constituição Federal⁴⁷, o que não significa dizer que estas súmulas

⁴⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas ...*, op. cit., p. 18.

⁴⁶ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983, p. 230.

⁴⁷ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

vinculantes estejam sujeitas ao controle de constitucionalidade por ADIn. A súmula é, *a priori*, norma cogente não passível de discussão, pois se “[...] não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada”, conforme se depreende do tópico da redação do Ministro Relator Carlos Velloso, na ADIn n. 594 do STF-pleno^{48- 49}. Em referido Acórdão, o Ministro Marco Aurélio foi vencido, pois favorável ao conhecimento de ADIn contra súmula (súmula 16 do Superior Tribunal de Justiça - STJ) – proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB)⁵⁰.

Assim, a súmula possui, originalmente, mera finalidade de auxílio, instrumentalizada pela função-meio interpretativa. Inconstitucional pode ser a lei na qual a súmula se baseia, mas ela, de *per si* e a princípio, não, exclusive afastada sua aplicabilidade *in concreto* pelo STF, ao contrariar objetivamente texto constitucional, mediante provocação por Recurso Extraordinário, dentro dos limites do inciso III do art. 102 da CLT.

Ao tratar do assunto em voga, Lenio Luiz Streck, diz que há súmulas inconstitucionais⁵¹. Entrementes, o autor em apreço argumenta que não são sujeitas à ADIn⁵², ou seja, embora inconstitucionais, tais súmulas não poderiam ser declaradas como tais. Assim, na ótica de Lenio Luiz Streck:

A Súmula em questão (n. 310 do TST, no caso) deixa um rastro de ilegalidades e inconstitucionalidades, as quais [...], são de difícil solução, eis que Súmulas não são

[...]

§2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. [...].”

⁴⁸RDA 196/204.

⁴⁹No mesmo sentido e especificamente em relação à seara trabalhista: “Ação direta de inconstitucionalidade de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho – descabimento, por não se tratar de ato normativo (art. 102, I, *a* da CF) – 1. Seguimento (da ADIn) negado pelo Relator, por falta de possibilidade jurídica do pedido. 2. Precedentes: ADIn(s) n. s. 899, 594 e 1.493. Agravo improvido. Decisão unânime (STF – ADIn – AgR923 – DF – TP – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 27.9.2002 – p. 81) CF. 102.I.102.I.A)”.

⁵⁰ O voto do Ministro será apreciado no decorrer deste trabalho.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito...*, op. cit., p. 168.

⁵² “O sistema jurídico brasileiro não admite que se argua a inconstitucionalidade de uma Súmula, vez que esta não constitui, formalmente, um ato normativo passível de ser questionado mediante o uso de ação direta de inconstitucionalidade” (Ibidem, p. 246).

consideradas atos normativos e, portanto, são insuscetíveis de arguição de inconstitucionalidade⁵³.

Nesta tessitura, verifica-se a existência de controle constitucional sobre fontes formais do direito (admitindo-se, de antemão, que as súmulas não integram esta categoria) por esferas infraconstitucionais, em obediência hierárquica aos órgãos jurisdicionais da circunscrição correspondente, a exemplo de leis municipais sob controle do Tribunal de Justiça (TJ) do Estado de referência (ou mesmo pelo STF em se admitindo a arguição de preceito fundamental, na forma do §1º do art. 102 da Constituição) e, inclusive, de cláusulas de Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho (CCTs e ACTs) declarados inconstitucionais por Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs).

As súmulas do TST, ao revés e, desde que não contrariem frontalmente a Constituição, como visto acima, só se sujeitam ao TST, seu próprio órgão criador. Na verdade, observe-se, elas sequer se submetem ao controle do §2º do art. 103-A, posto que este se reserva às súmulas de poder *diretamente* vinculante, na forma da Emenda Constitucional n. 45/2004. Além disso, consigne-se, que súmulas de poder *indiretamente* vinculante, mas igualmente vinculante, não sofrem tais fiscalizações.

E mais: as súmulas do TST possuem, sim, poder *indiretamente* vinculante, o que se verá no item 2.2.

2.2 O EFEITO VINCULANTE

Neste tópico, primordialmente, far-se-á uma análise no tocante à denominação. Tanto o vocabulário *efeito* quanto à palavra *vinculante* encontram óbice na doutrina pátria. Sérgio Sérulo da Cunha discorda do termo *efeito*, ao afiançar o que segue:

Efeito é conseqüência, resultado do que se fez (*ex + factum*). Efeito jurídico é o resultado da incidência da lei, da cláusula negocial ou da decisão judicial. Entretanto, como o efeito da lei já está estabelecido abstrata e previamente no enunciado legal, ele integra-se logicamente à eficácia da norma como um antecedente. Podemos dizer, sob esse aspecto, que efeito é o fator ativo da eficácia, corresponde ao nascimento, à modificação, à extinção, à exigibilidade ou à

⁵³ Ibidem, p. 207.

efetividade de direitos. Sob esse aspecto todo efeito jurídico é, por definição, vinculante. A expressão ‘efeito vinculante’ ressalta o aspecto paradoxalmente causal do efeito. Na verdade, vinculante é a norma, ou a sentença. Seria menos incorreto dizer ‘eficácia vinculante’ (expressão também semanticamente perturbadora)⁵⁴.

Já Manoel Antonio Teixeira Filho se opõe à adoção do termo *vinculante*, acrescentando que tal adjetivo não estaria “dicionarizado” e se configuraria como um neologismo arbitrário. À guisa de solução para dito impasse, sugere alternativas como “vinculativo” ou “vinculatório”⁵⁵.

Pois bem. Independente de qualquer desinteligência a respeito, a expressão *efeito vinculante*⁵⁶ foi incorporada à Constituição Federal desde a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, na antiga redação do §2º do art. 102 e reiterada pela Emenda Constitucional n. 45/04, na nova redação do mesmo artigo⁵⁷, assim como na do *caput* do art. 103-A⁵⁸.

Diante de tal contextura, anote-se, são argumentos a favor da implementação da súmula vinculante, o *princípio da isonomia* (*caput* do art. 5º da Constituição), o “desafogamento” do Poder Judiciário por intermédio da diminuição de processos em andamento, a inibição da repetição de julgados e a coibição da existência de decisões

⁵⁴CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 24.

⁵⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas ...*, op. cit., p. 25.

⁵⁶ João Luís Fischer critica a expressão a partir de um paralelo do instituto já difundido no direito pátrio: “A importância desta discussão reside, ao nosso ver, no equívoco de se utilizar a expressão efeito vinculante, referindo-se à hipótese de incidência legal abstratamente considerada, para definir a figura do precedente judicial obrigatório, isto porque, vale ressaltar, a vinculação da decisão judicial é indissociável do fato constitutivo que lhe deu origem.” (DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thomson, 2004. p.24-25).

⁵⁷ “Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁵⁸ “Art. 103 –A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos de Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

conflitantes – embora caiba questionar, aqui, se este seria um ponto positivo na personificação do combate à instabilidade jurídica das decisões, ou, ao contrário, culminaria na estagnação do Poder Judiciário, privando a possibilidade deste Órgão de evoluir perenemente (ou, involuir, conforme a dança dos pensamentos dominantes e emancipatórios que se degladiam de tempos em tempos).

Por outro viés, articulações contrárias à súmula vinculante acirram tal debate, a exemplo da defesa do *princípio da legalidade* (inciso II do art. 5º da Constituição), do *princípio da separação e independência dos Poderes*⁵⁹, da ampliação exacerbada do Poder Judiciário de cúpula, pois além de confeccionar normas jurídicas vinculantes com base na interpretação, ele limitaria os textos originais das leis ao que pretende que eles digam, bem assim a repressão à liberdade do juiz (atrelada à independência interna do magistrado que se consubstancia na garantia da *justiça material*, um dos integrantes do princípio do juiz natural⁶⁰).

2.2.1 O Cenário Nacional

A súmula vinculante não é novidade nas casas legislativas do Direito brasileiro. No anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de Alfredo Buzaid, estava estampada a adoção da súmula vinculante, em absoluta harmonia com o sistema português vigente à época, inclusive, quanto à denominação “assentos”:

Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.

Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional.

⁵⁹Para Roberto Babiloni Leite o princípio do devido processo legal, da ampla defesa, do acesso à justiça, do contraditório e do duplo grau de jurisdição são variantes do princípio da separação e independência dos Poderes (LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 54).

⁶⁰ Outros elementos seriam a *jurisdição* e a *competência* (LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 69).

A crítica que culminou por rechaçar os tópicos do sobredito anteprojeto, os quais implantavam a súmula vinculante, centrou-se no argumento de que a adoção obrigatória era característica peculiar ao Poder Legislativo.

Neste quadrante, importante salientar que, após a Constituição de 1988, foram feitas algumas tentativas de se implementar a súmula vinculante no ordenamento jurídico pátrio, por emenda constitucional (até o efetivo sucesso com a Emenda Constitucional n. 45/2004), dentre as quais a Proposta de Emenda Constitucional n. 54/1995 e parecer substitutivo à Proposta de Emenda Constitucional n. 96/1992, de autoria de Hélio Bicudo, apresentada em 26 de março do mesmo ano (originando a própria Emenda n. 45).

A dúvida que acompanhou as supramencionadas propostas e ainda persiste diante do efetivo acolhimento do efeito vinculante às súmulas do STF (Emenda Constitucional n. 45/2004) reside em saber se a obrigatoriedade gerada por referido efeito é suficiente para que se considere um texto (no caso, aqui, de súmula) como de cunho *legislativo*⁶¹.

Para Clémerson Merlin Clève a lei é o ato com *força de lei*⁶² e acertado é seu ponto de vista. O *caput* do art. 62 caminha no sentido de que para um ato ser equiparado à lei quanto à produção de seus efeitos, basta que ele tenha *força de lei*⁶³.

José Joaquim Gomes Canotilho explicita assim o campo de atuação da força de lei:

A categoria dogmática força de lei faz apelo a três idéias fundamentais: (1) posição primária e primeira da lei, no sentido de dispor de um estalão normativo imediatamente inferior ao da Constituição; (2) poder de inovação jurídica dentro do ordenamento jurídico (força activa); (3) resistência à revogação ou derrogação por outras normas hierarquicamente inferiores (força passiva)⁶⁴.

⁶¹ O tópico subsequente trata do problema de se enquadrar a súmula como texto *normativo*.

⁶² CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 67.

⁶³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

⁶⁴ CANOTILHO, Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p. 693-694 (grifo no original).

A visão de Antonio Moreira Barbosa de Melo, por ser abrangente, aproxima-se mais do conceito que se procura aqui estabelecer, ao argumentar que as disposições da lei:

Não pressupõem outras disposições sobre a mesma matéria (salvo as disposições constitucionais), nem o seu é o de completar ou integrar eventuais disposições anteriores [...] Nisto consiste nuclearmente a ‘força de lei’ – uma qualidade, característica ou atributo que coloca a legislação, entendida no seu sentido constitucional, no topo da hierarquia das fontes de direito positivo infra-constitucionais⁶⁵.

Como a *força de lei* resume o que propriamente se define por *lei* (ou o que possa ser a ela equiparado, independentemente de sua legitimidade), é ela identificada no conjunto de suas características, mais propriamente pela atuação de dois elementos de destaque: a eficácia e a obrigatoriedade.

A eficácia que se busca definir neste trabalho respeita a incorporação da *personalidade* da lei. O texto normativo *eficaz* não significa que ele é *exequível* (campo da efetividade), *legítimo* (campo da validade) ou *exigível* (campo da obrigação), mas *útil* como conteúdo criador do direito. A lei eficaz é a que cumpre o seu papel. É a lei que *é* lei, que exerce a *função* de lei⁶⁶.

É consabido, existe posicionamento doutrinário que mescla eficácia e efetividade⁶⁷; aqui, opta-se por seguir o direcionamento de que eficácia não é

⁶⁵ MELO, Antonio Moreira Barbosa de. *Sobre o problema da competência para assentar*. Coimbra, 1988. p. 32-33 (Monografia) - Faculdade de Direito de Coimbra.

⁶⁶ No mesmo sentido Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 318). Celso Ribeiro Bastos segue linha de raciocínio semelhante, ao argumentar que “a eficácia [...] nada mais representa que a aptidão, em abstrato, que tem a norma para produzir seus efeitos próprios.” (BASTOS, Celso Ribeiro. Atos normativos do órgão executivo. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 34, n. 48, p. 36, abr./jun. 1986).

⁶⁷ Ao discorrer sobre eficácia, Arnaldo Vasconcelos, por exemplo desenvolve que “essa é a instância de validade social. Da norma que é realmente observada pelo grupo comunitário, diz-se que tem eficácia. Isso significa afirmar que, de fato, a norma desempenha satisfatoriamente sua função social, qual seja manter a ordem e distribuir justiça. O que se espera da eficácia é o resultado, que se mede pela constância com que a norma é seguida e realizada. E isso [...] não se consegue sem a colaboração ativa de todos os componentes do corpo social. Nessa participação, pressupõe-se a existência de firme sentimento jurídico, que leve à convicção da obrigatoriedade do preceito normativo. E aí se descobre como a eficácia se encontra indissoluvelmente ligada às idéias de utilidade e justiça. Convém assinalar o caráter sociológico da eficácia. Enquanto o conceito de vigência se esgota no âmbito da norma legal, o de eficácia tem sua projeção dirigida para o fato social, no que se concretiza. Reponta a importância da valoração do fato, para que a norma seja eficaz, ou melhor, para que haja Direito”

efetividade: esta é um elemento da consequência daquela. A efetividade está vinculada ao cumprimento da norma, à aceitação por parte dos destinatários⁶⁸ e as prescrições legais inócuas – que têm eficácia e têm obrigatoriedade - demonstram que a ausência de uma prescrição efetiva não a destitui de *força de lei*.

No que tange à questão, aduz António Castanheira Neves que

O que era para o sistema pré-moderno a legitimidade e para o sistema moderno-iluminista a legalidade, é para o sistema actual a finalidade: o poder político em função legislativa [...] antes encontra a sua justificação nos efeitos (nos objectivos-resultados) com que pretende moldar a realidade social e vai orientado por um determinado projecto político – a sua justificação é ideologicamente teleológica⁶⁹.

A lei cumpre uma finalidade, sim, mas não necessariamente sob um cunho teleológico⁷⁰, como moldou o autor em referência, senão pelo significado que ela adquire a partir de um processo interpretativo, de forma a contribuir com a realidade de um povo, em determinado momento histórico que dela necessita.

A função da lei⁷¹ não consiste na execução irrefreável de alteração da ordem jurídica (criando-a, modificando-a ou extinguindo-a), mas na possibilidade de fazê-lo. Até mesmo as leis programáticas e regulamentares possuem eficácia e cumprem, desta maneira, a função de lei e mais: sempre terão a função, ao menos potencial, de lei, como se verá a seguir. Nada obstante, o que se programa ou regulamenta por lei delinea limite espacial e temporal (conforme o alcance da circunscrição da lei) do que não pode ser prescrito em sentido diverso.

A classificação de José Afonso da Silva, quanto a eficácia das normas constitucionais – que, percebe-se desde logo, não perde o enfoque da finalidade – é

(VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do Direito*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. v. 1, p. 228-229).

⁶⁸ Neste sentido, argumenta Tercio Sampaio Ferraz Jr. que normas efetivas são normas obedecidas (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 114).

⁶⁹ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 596-597.

⁷⁰ É verdade, contudo, que este trabalho ressalta a aplicação pontual da interpretação teleológica e estima, por conseguinte, pela sua conservação clássica em aspectos específicos, como se verá adiante.

⁷¹ Norberto Bobbio enaltece a *função* prescritiva da lei, seja ela *sancionatória* (impõe pena), *instrumental* (meio para se alcançar um fim) e *final* (o próprio fim, não sancionatório) (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003. p. 77; 188.

elencada nas seguintes categorias: *eficácia plena, contida e limitada ou reduzida*⁷². Celso Antônio Bandeira de Mello igualmente reconhece que sempre está presente a eficácia da norma constitucional, por mais contida que seja sua prescrição⁷³.

Exemplos específicos do âmbito trabalhista estão contidos na previsão constitucional da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I do art. 7º) e adicional de remuneração também para atividades penosas (inciso XXIII do art. 7º)⁷⁴ – além das insalubres e perigosas. Conquanto a Constituição tenha desenhado tais diretrizes, eis que se ocorre uma demissão sem justa causa, não há indenização a ser paga ao empregado e se o trabalhador executa atividade penosa não recebe o adicional correspondente, pois inexistente lei alguma, no Brasil, que preveja tais situações. Entretanto, a previsão constitucional está lá, intacta e cumpre seu papel, prevendo até onde deveria prever e, na esteira dos supramencionados argumentos corretamente tecidos por José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello, não se pode negar que ditas disposições constitucionais tornam defesa qualquer lei infraconstitucional que explicita a permissibilidade de referidas práticas (despedida arbitrária e atividades penosas). Clara, portanto, a eficácia destas leis constitucionais.

Insta destacar que mesmo que as classificações acima mencionadas façam referência tão-somente a normas constitucionais, a linha de raciocínio no sentido em que sempre há uma eficácia presente não se distancia do que se poderia aproveitar às normas infra-constitucionais, para que se conclua pela inafastabilidade da eficácia de seus preceitos, ainda que mínima⁷⁵. Ora, ainda que as fontes formais do direito

⁷² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57-58, p. 244; 255, jan./jul. 1981.

⁷⁴ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

XXIII – adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;”

⁷⁵ Posição contrária é a de Eros Roberto Grau, que discorre sobre as leis em sentido apenas formal, desgarradas de conteúdo normativo, concluindo que se há normas que não são leis, da mesma maneira haveria leis que não são normas (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 179-180).

possam deixar de inovar objetivamente na ordem jurídica (quando de conteúdo meramente programático ou regulamentar, por exemplo) e em respeito a uma hierarquia igualmente formal que as preestabeleçam, elas ditam limites que não podem ser contrariados. Desta feita, se um determinado assunto é regulamentado por lei, é inadmissível que prescrição hierarquicamente inferior negue a existência de uma ação positiva regulamentar por uma premissa negativa de ausência de regulamentação – posto que uma lei de igual ou superior hierarquia a revogaria – ou, que, mormente em havendo regulamentação, tal não deva prevalecer.

Sob o mesmo prisma, cabe ressaír para os fins deste estudo, o fato de que, mais do que a eficácia ser explícita ou retraída quanto à inovação objetiva da ordem jurídica, importa a prerrogativa que este elemento (a eficácia) confere à norma de fazê-la. É neste sentido que se volta, aqui, para o remate da eficácia *potencial* que reveste o instrumento legiferante, não de forma a admitir uma inércia da eficácia (negando, portanto, sua condição mínima), mas de modo a reconhecer que, ao menos em seu nascedouro, em sua origem, dá-se à prescrição legal a oportunidade de criar, modificar ou extinguir direitos.

A obrigatoriedade, aliás, manifesta-se como elemento material da vinculação da lei (no qual a *validade* - compatibilidade com o sistema que a alicerça⁷⁶ - se consubstanciaria no formal, não sendo capaz, porém, de impedir que determinado texto não apenas seja *inválido* e eficaz mas, também, *inválido e obrigatório*), a partir da irresistibilidade que reveste sua prescrição.

Ocorre que não só a lei obriga. A súmula dotada de efeito vinculante também obriga. Todavia, com base nessa ilação, pertinente que se perquiria: o que há para ser obedecido em uma sentença interpretativa?

⁷⁶ O conceito que Tercio Sampaio Ferraz Júnior reserva à validade, entretanto, mais se assemelha ao que aqui se denomina eficácia: “comuns são [...] as teorias que costumam relacionar a validade com a efetividade da norma. Podemos, assim, interpretar a validade como a qualidade da norma, cuja hipótese de incidência (Tatbestand) é realizável, seguindo-se então a consequência jurídica prevista. Para que isso ocorra, é necessária, como se pode perceber, a atuação do órgão julgador e/ou sancionador, podendo-se dizer, então, que neste sentido lato, normas válidas são aquelas que descrevem, com alto grau de probabilidade, a atuação do aparelho sancionador” (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma* ..., op. cit., p. 99).

Ainda que haja a obediência a determinada interpretação sumulada, no mais amplo exercício de sua obrigatoriedade, a interpretação nada prescreve⁷⁷, senão direciona o previamente prescrito a um dado entendimento, mesmo que exclua os outros entendimentos possíveis. Mais do que isto, a interpretação (e conseqüentemente a súmula que a solidifica) nada pode prescrever⁷⁸.

Enquanto a súmula permanecer na seara da interpretação, ela pode gerar, no máximo, obrigatoriedade - um dos elementos da *força* de lei - uma vez possuidora direta ou indiretamente de efeito vinculante, mas jamais eficácia de lei – o outro elemento da *força* de lei.

Em suma, a *validade* e a *efetividade* são elementos que, ausentes, não impedem que um texto possua *força* de lei, pois a *eficácia* e a *obrigatoriedade* é que se constituem elementos imprescindíveis para tal configuração. As súmulas vinculantes têm *obrigatoriedade*, mas não *eficácia* de lei. Se uma lei não exerce objetivamente a *função* de lei, ela pode exercê-la, e esta potencialidade, ainda que em estado inerte, sequer afasta sua eficácia mínima, impondo limites a prescrições hierarquicamente inferiores, conforme já visto. Agora, uma súmula não pode dispor da *função* de lei. Súmula que se limita à atividade interpretativa tem e deve ter *eficácia* de súmula. Ausente o elemento da *eficácia* de lei, a súmula (que permanece em sua função, repita-se) é incapaz de alcançar a *força* de lei, tão-somente calcada em sua característica de vinculação obrigatória.

A obrigatoriedade da súmula vinculante limita, contudo, a liberdade do juiz. A liberdade é tolhida, mas não extinta, e isto não fere garantias constitucionais de

⁷⁷ Reconhece-se, contudo, a existência da escola da hermenêutica crítica emancipatória que aduz que toda interpretação implica em uma criação. Disto, cuidará o item 2.4 deste estudo.

⁷⁸ Ainda que discorra sobre as leis *formalmente interpretativas*, António Castanheira Neves, ao tratar dos *assentos portugueses* desenvolve linha de raciocínio semelhante que aqui se dedica ao texto sumular: “os *assentos* só poderão ser materialmente interpretativos (interpretativos ‘por natureza’), posto que só o *imperium* legislativo poderá impor efeitos retroactivos a um novo critério jurídico – que é justamente o que se passa nas leis apenas formalmente interpretativas. Isto, porque essa imposição actua decerto razões de oportunidade política (ainda que de política legislativa) que cabem, dentro de certos limites, no domínio daquele poder, mas que se terão de excluir do poder reconhecido aos supremos tribunais de prescreverem *assentos*.” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos assentos...*, op. cit., p. 379).

proteção à magistratura, conforme previsão do art. 95 da Constituição⁷⁹. A proteção à liberdade do magistrado tem colhida na fragilidade da subdivisão (como um dos elementos da justiça material) da subdivisão (como um dos elementos do princípio do juiz natural) de um ponto de vista. Longe desta explanação menosprezar tal virtude, em absoluto, pois busca-se nele, sim, identificar que esta mesma virtude não está constitucionalmente garantida e sua supressão, ou limite, não constitui ofensa objetiva ao ordenamento jurídico pátrio. Aliás, o livre convencimento do juiz não está intrinsecamente conectado à súmula vinculante, já que a convicção do magistrado antecede a fundamentação do julgado; permanece livre seu convencimento, no sentido de discordar de interpretação que é obrigado a adotar. Nada impede que o juiz tenha a liberdade de lançar, em um julgamento, todo seu arsenal de ponderações contrárias à súmula vinculante, ainda que a adote, que interprete esta mesma súmula de maneira peculiar ou mesmo que negue sua aplicação, como nega validade a uma lei⁸⁰.

Ao se traçar um paralelo com os extintos assentos portugueses, vê-se que António Castanheira Neves obtém conclusão semelhante:

No que toca à modalidade formal desse sentido axiológico-jurídico, temos de admitir que os *assentos*, fundamentalmente, não prejudicam a realização da independência judicial assim entendida. Se se trata aí apenas de aplicar em termos de igualdade, imparcialidade e objetividade quaisquer regras jurídicas, não será nesses termos menos independente um

⁷⁹ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após 2 anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I.”

⁸⁰ Roberto Barreto Prado comparou e negou semelhança entre a força do efeito vinculante dos prejulgados e o atribuído à coisa julgada (o que se aproveita ao debate da vinculação da súmula), questionando acerca da possibilidade dos casos concretos de ceifar as discussões abarcadas por aquele instituto e concluindo que a função do prejulgado era o salutar confronto entre o estático e a novidade. Acrescenta o autor em referência que “o prejulgado não pode ser conceituado como sentença judicial. A jurisprudência reiterada não pode obstar que qualquer das partes apresente sobre a mesma tese, novos e talvez mais convincentes argumentos, que podem e devem ser analisados, sob pena do julgamento se sujeitar a ser anulado. A finalidade do prejulgado consiste em facilitar, e não dificultar, a apresentação de novos argumentos, ainda não apreciados pelo Tribunal, a fim de melhor assegurar a justiça das decisões a serem proferidas” (PRADO, Roberto Barreto. O poder normativo dos órgãos judiciários e os recursos judiciais trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 77, p. 24-25, mar. 1992).

tribunal (ou um juiz) quando aplica uma norma jurídica legal ou uma norma jurídica prescrita por um *assento*.

No plano nacional, aduz Paulo Napoleão Nogueira da Silva que o argumento de que a súmula vinculante transforma os juízes em meros repetidores de julgados dos tribunais superiores não pode prosperar:

[...] se assim fosse, desde sempre os magistrados seriam os aludidos meros repetidores da lei, uma vez que num sistema *secundum legem* têm que julgar de acordo com os ditames da lei, e é o que fazem. Ocorre que, se a lei é vinculante, obrigatória, os magistrados julgam os casos que lhes são postos de acordo com o seu entendimento dessa mesma lei; e, idêntico procedimento ocorrerá se as Súmulas vinculantes forem instituídas. Logo, esta não representa anulação da atividade jurídico-intelectiva do magistrado, muito menos cerceamento à sua dependência⁸¹.

Em contrapartida, Evandro Lins e Silva amplia a temática da liberdade do juiz em face à súmula vinculante, com o fito de acrescentar que este instituto fere a garantia do duplo grau de jurisdição⁸². Na verdade, existe a garantia até de um triplo grau de jurisdição se o processo cumprir os requisitos para sua aceitação. As questões serão, da mesma forma, recebidas, analisadas e julgadas, embora haja um entendimento pré-concebido em um dado sentido (justamente a partir e desde o terceiro e último grau), para algumas matérias. Com efeito, tolher o duplo grau de jurisdição é não assegurar a apreciação da instância imediatamente superior, e isto não ocorre, quanto mais ao se reconhecer que os magistrados podem, como visto, lançar mão de argumentos contrários, interpretações e inclusive negar a súmula como se nega um texto legal, em cada uma das jurisdições.

Fato é que, em 08 de dezembro de 2.004 (Dia da Justiça), foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45/04 referente à Reforma do Poder Judiciário⁸³. Uma das alterações realizadas diz respeito à adoção da súmula vinculante, que abrange somente o STF:

⁸¹ SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Súmula Vinculante. São Paulo: *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 24, n. 283, p. 5-6, jul. 2002.

⁸² SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 113, 1993.

⁸³ Art. 2º da Emenda Constitucional n. 45/04: “A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A”.

Art. 103 –A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos de Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Ainda que a autorização constitucional expressa à confecção de súmulas vinculantes seja restrita ao STF, não é apenas este tribunal que emite súmulas com tal característica.

2.2.2 Vinculação Indireta das Súmulas do TST

As súmulas vinculantes e as súmulas impeditivas de recursos apenas diferem quanto ao procedimento de atuação, pois esta segunda modalidade concede maior liberdade ao magistrado de primeira e segunda instâncias de modo a, inclusive, deixarem de aplicar preceitos sumulados, embora tanto em um caso como em outro o resultado final convirja para a submissão à sumula. Ambas as formas são de súmulas vinculantes: a primeira direta, a segunda indireta; aquela, direta, posto que as instâncias inferiores não podem se opor à súmula e indireta, a outra, porque se a decisão de segunda instância estiver de acordo com ela, o recurso ao grau máximo dos tribunais superiores sequer será apreciado, e, se porventura sustentar posição contrária, haverá modificação no sentido de que prevaleça a vontade exposta na súmula.

O projeto da criação de súmulas impeditivas de recursos ao TST (art. 111-B⁸⁴) foi aprovado pelo Senado e retornou à Câmara. Excetuando-se a possibilidade de se criar uma ou outra maneira de fiscalização das súmulas, cujo interesse não alcança o âmbito deste estudo, pois o problema que será adiante demonstrado apresentar-se-á muito superior ao controle que, por exemplo, é ofertado pela Emenda Constitucional n. 45 para as súmulas do STF (§2º do art. 103-A da Constituição). Assim, é correto afirmar que eventual aprovação final do projeto em referência não traria novidade alguma para a seara trabalhista, pois as súmulas do TST são, sim, vinculantes.

Há, nesta oportunidade, o interesse de se revisitar conteúdo do art. 896 da CLT, especificamente quanto aos tópicos expostos abaixo:

Art. 896 da CLT: “Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;

[...]

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal;

[...]

§3.º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência, nos termos do Livro I, Título IX, Capítulo I do CPC, não servindo a súmula respectiva para ensejar a admissibilidade do Recurso de Revista quando contrariar Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 4.º A divergência apta a ensejar o Recurso de Revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

§ 5.º Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro Relator, indicando-o, negar seguimento ao Recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao Recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo.

§ 6.º Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição da República.

84 “Art. 111-B. O Tribunal Superior do Trabalho poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. O Art. 105-A, também aguardando aprovação, é destinado ao STJ: “Art. 105-A O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”.

Observa-se do artigo sob exame que se o acórdão atacado por recurso de revista está em consonância com súmula (aqui, a súmula na mesma definição do que se delimitou no anterior anterior deste trabalho: súmula propriamente dita ou *stricto sensu*, então enunciados, e a jurisprudência das SDIs, exclusive em relação ao procedimento sumaríssimo, que se limita à incidência da primeira hipótese, na forma do seu §6º), é denegado seguimento à medida recursal, mesmo que se demonstre divergência jurisprudencial (alínea *a*) pois, como prevê o §4º, não se considera divergência a matéria superada *pelo menos* por súmula e SDI; *pelo menos*, pois a expressão “iterativa e notória jurisprudência”, é praticamente uma compilação da súmula 333⁸⁵, cuja nova redação dada pela Resolução 99/2000⁸⁶ permite uma conotação mais ampla que sua redação original – e merecedora de crítica, graças à subjetividade que a palavra “notória” pode abarcar - a qual limitava-se às SDIs⁸⁷. Por esta razão, obstam seguimento ao recurso de revista as previsões estampadas *pelo menos* em súmulas *stricto sensu* e nas jurisprudências das SDIs – cumpre-se destacar que o art. 167 do RI do TST se encarrega de vincular as matérias das SDIs à súmula 333: “Art. 167. Poderão ser estabelecidos para cada uma das Subseções, que expressarão a orientação jurisprudencial da respectiva Subseção, quer para os efeitos do que contém a Súmula nº 333/TST, quer para o que dispõem o art. 557 e seu § 1º do Código de Processo Civil”.

Ademais, toda matéria trabalhista tratada nos dispositivos da CLT não autoriza o recurso de revista, se já interpretada por súmula ou por SDI, posto que em obediência à alínea *a* do artigo comentado, não se pode olvidar que é a CLT lei federal.

⁸⁵ Enunciado 333 do TST: “Recursos de Revista e de Embargos – Conhecimento – Redação dada pela Res. 99/2000, DJ 18.09.2000. Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Histórico: Revisão do Enunciado n. 42 – RA 41/1973, DJ 14.06.1973. Redação original – Res. 25/1994, DJ 12.05.1994”.

⁸⁶ DJ 18.09.2000.

⁸⁷ Antiga redação da súmula 333 do TST: “*Recurso de revista. Embargos. Não conhecimento. Revisão do enunciado 42* – Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência da Seção Especializada em Dissídios Individuais.” (Res. 25 do TST. DJU 12.5.94).

O raciocínio inverso chega à idêntica conclusão, no sentido de que se o acórdão regional desobedece previsão de súmula *stricto sensu* e SDI, o TST aprecia o recurso, desde que provocado (seja em razão da alínea *a* ou do §4º do art. 896 da CLT), e com base na mesma súmula *stricto sensu* ou SDI, modifica a decisão *a quo* para que suas disposições sejam respeitadas.

Cabe afirmar, aqui, que a súmula *stricto sensu* possui ligeira vantagem em relação à SDI, isto pelo fato do recurso de revista poder ser trancado *de ofício* pelo Ministro Relator (§5º), por ser motivo de admissão em processo sumaríssimo (§ 6º) e pela sua obediência denegar seguimento aos embargos ao TST (alínea *b* do art. 894 da CLT⁸⁸). Na instância ordinária, entretanto, previsões de súmulas ou SDI sobre as mais diversas matérias (com a exceção inexpressiva do citado §5º⁸⁹) trabalham em pé de igualdade quanto ao recebimento da medida recursal. Absolutamente toda a matéria trabalhista, em instância ordinária, exposta na CLT, encontra-se sob a égide das súmulas *lato sensu* (súmulas *stricto sensu* e SDIs), desde que tracem em face dos tópicos celetistas qualquer consideração.

Amador Paes de Almeida assevera que as súmulas trabalhistas não vinculam os juízes de primeira e segunda instância. Contudo admite que

em que pese a ausência de vinculação (o que, na prática, admite a adoção de critério diverso por juízes de grau inferior ao TST), nenhum recurso de revista, embargo ou agravo de instrumento será acolhido no Tribunal Superior do Trabalho, estando a decisão recorrida em consonância com súmula desta mesma Corte⁹⁰.

⁸⁸ “Art. 894. Cabem embargos, no Tribunal Superior do Trabalho, para o Pleno, no prazo de 8 (oito) dias a contar da publicação da conclusão do acórdão:

[...]

b) das decisões das Turmas contrárias à letra de lei federal, ou que divergirem entre si, ou da decisão proferida pelo Tribunal Pleno, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.

[...]”.

⁸⁹ Nada obstante, é esta redação que autoriza Silvio Nazareno Costa, ainda que de forma contida, a chegar a um raciocínio semelhante ao que se desenvolve nesta Seção: “Embora o dispositivo acima transcrito (§5º do art. 896 da CLT) não confira à súmula trabalhista força vinculante sobre jurisdições inferiores – uma vez que o Juiz a quo permanece livre para decidir em sentido diverso – equivale, na prática, a uma antecipação de jurisdição, na medida em que, desde logo, expõe a pré-concepção do tribunal ad quem acerca de eventual recurso. Fica o Ministro Relator autorizado a, objetivamente, negar seguimento a recurso que contrarie a orientação sumulada.” (COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e a reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 173).

⁹⁰ ALMEIDA, Amador Paes de, op. cit., p. 399-400.

Embora use inadvertidamente a palavra normatividade para súmulas e, assim como Amador Paes de Almeida se limite às súmulas *stricto sensu*, Ursulino Santos argumenta que

A normatividade dos enunciados do Tribunal Superior do Trabalho, hoje, é indiscutível, porque a sua existência leva ao não conhecimento do recurso de revista, ou dos embargos, como previsto nos arts. 894, alínea b e 896, alínea a, ambos da Consolidação, sem falar na indicação de se negar seguimento a ambos os recursos e aos agravos de instrumento, por despacho trancatório (art. 896, §5º da CLT)⁹¹.

Roberto Babiloni Leite, em contrapartida, optou por abrandar o efeito das súmulas, ao mencionar que elas podem adquirir um caráter persuasivo, que geraria um “acatamento espontâneo” pelos tribunais inferiores⁹². Ocorre que o tema sob destaque não versa sobre a obediência ou desobediência dos tribunais regionais, mas do que respeita à irresistibilidade do acórdão a quo contrário à súmula *lato sensu* (com a exceção do procedimento sumaríssimo e recurso de embargos, como visto), apreciado pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Ora, imagine-se que sobre um dado direito A, os tribunais de segunda instância apliquem interpretações variadas, sejam em suas próprias turmas ou de um Regional para outro, ilustradas aqui por A. 1, A.2 e A.3; se opta o TST por sumular a interpretação A.1, por exemplo, podem as instâncias inferiores continuar optando por A.2 ou o A.3, mas uma vez acionado o TST, mantém-se A. 1.

Assim ficaria o quadro:

Trib. Inferior (A.1)

Trib. Inferior (A.2) → TST (A.1) → resultado final (A.1)

Trib. Inferior (A.3)

Vê-se, nesta oportunidade, a sujeição das matérias trabalhistas ao controle das súmulas *lato sensu* (súmulas em sentido estrito e SDIs), as quais serão denominadas até o fim deste item 2.2, simplesmente de súmulas.

⁹¹ SANTOS, Ursulino. Inconstitucionalidade de enunciado de súmula e precedente normativo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, n. 11, nov.1996. p. 1453.

⁹² LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 22.

É neste ponto que o instituto da súmula se faz obrigatório e se auto-sustenta. Mais do que isto, a súmula culmina por se desvincular objetivamente da interpretação desta ou daquela lei, passando a ser esta ou aquela súmula. Independe constatar se existia à época da confecção da súmula uma lei que a preexistisse (como é o caso da já referida *interpretação nova*) ou se havia a permanência de uma lei anterior que a mantivesse, coexistindo ou não com o espaço de tempo de vida da súmula, afinal, é uma súmula posterior ou uma resolução do próprio TST que controla, mantém e desativa sua existência⁹³.

A vinculação não é (ainda) direta, pois não há uma prescrição legal no sentido de vincular as súmulas do TST aos tribunais inferiores e, pelo projeto já referido, nem haverá, senão na condição de súmulas impeditivas de recursos, que são as súmulas vinculantes por efeito *indireto*. Nada obstante, tal assertiva não autoriza a admissão de que a súmula do TST vincula tão-somente o próprio TST, mormente os tribunais regionais não assumam o compromisso de acatar entendimento sumulado. O mecanismo do TST em apreciar recurso conforme a obediência de súmula confere a este uma *vinculação indireta*, em franca demonstração de que este tribunal não necessita aguardar a aprovação do projeto da súmula obstativa de recursos: ele já o possui. Uma vez provocado o TST, como visto, sua súmula será aplicada. Mais além disso, quando o tribunal de segunda instância julga contrariamente à súmula, o recurso ao TST é apreciado justamente por tal motivo, o julgamento revertido e o conteúdo sumulado, invariavelmente, satisfeito.

Cabe-se questionar, nesta oportunidade, se o TST deve obediência ao seu próprio entendimento sumulado, vinculando necessária e obrigatoriamente este órgão ao que dispõe o seu produto.

⁹³ António Castanheira Neves segue raciocínio semelhante ao tratar dos agora extintos assentos portugueses, ao expor que “(...) se se pode justificar a emissão do assento sem identidade legislativa, não menos se poderá justificar a manutenção em vigor de um assento após uma análoga mudança na legislação: ali a ‘mesma questão fundamental de direito’ continua a ser controvertida na sua solução, aqui continua a exigir-se a solução uniforme para a mesma questão fundamental de direito. [...] os *assentos*, as suas normas, não caducam com a simples alteração do direito que estivera pressuposto na controvérsia jurisprudencial por eles decidida; vigoram como quaisquer outras normas formais do sistema jurídico enquanto outras normas do mesmo sistema as não revogarem, nos termos gerais.” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 394-395).

A respeito do assunto em evidência, argumenta Ives Gandra Martins Filho que as súmulas exercem a atividade de *orientar* os tribunais inferiores e *vincular* o TST, pois as Turmas têm o *dever* de observá-las⁹⁴⁻⁹⁵.

A regra é a obediência irrestrita às súmulas e um desvio desta conduta consiste em uma anormalidade. Pela racionalidade do art. 896 da CLT, o julgamento do tribunal de segunda instância não pode se dar contra a Constituição, contra lei federal ou contra súmula. O TST desempenha o papel de guardião destes três patrimônios. Ocorre que este tribunal pode eventualmente variar quanto à interpretação de seus textos e, inclusive, em casos excepcionais, alterar-lhes radicalmente o sentido ou mesmo os suprimir, mas tais assertivas não inutilizam ou fragilizam a vinculação da corte máxima trabalhista para com os tribunais inferiores e para consigo mesmo.

Ao interpretar a súmula, o TST não nega a ela validade, pois a utiliza da mesma forma. Aliás, como a súmula é uma interpretação, pela franca manifestação de sua função-meio, a interpretação da interpretação tem utilidade restrita, por sofrer limites de *per si*.

Como uma eventual mobilidade no sentido textual da súmula sequer pode ser enquadrada como uma hipótese de desvio de seu efeito vinculante ao próprio TST, merece análise a alternativa que poderia pôr em risco a obrigatoriedade indireta que ora se discute: o julgamento do TST que nega sua súmula.

Em primeiro plano, ainda que se admita que o TST, através de suas Turmas, Seção Especializada e Pleno, entenda que uma súmula, por uma razão qualquer, está em desuso ou é simplesmente inaplicável, tal situação não ilide a incidência do art. 896 da CLT, o qual autoriza que o recurso contrariado por desobediência a esta mesma súmula *lato sensu* seja recebido, pois satisfeita, assim, a condição para apreciação desta peça.

⁹⁴ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo*: direito natural, democracia e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 235.

⁹⁵ Embora trate especificamente dos precedentes normativos do TST, interessante é a decisão em referência: “*Dissídio Coletivo. A Seção deve seguir a orientação do precedente até que o Tribunal Pleno decida pela sua alteração. A votação contra o precedente, que constitui jurisprudência uniforme, leva o jurisdicionado à perplexidade pela insegurança nos julgamentos. Recurso Parcialmente provido.*” (TST-RO-DC 46346/92.2, Relator: Ministro Marcelo Pimentel, in DJU de 27.5.94, p. 13.310).

Em segundo e último plano, que efetivamente toca o cerne do problema, tão inusitada é a negação de súmula pelo próprio TST que, mesmo quando ele assim faz, não admite expressamente, senão aduz que o texto em referência não alcança o caso específico, que não tratam da mesma matéria, ainda que consista na mesma matéria – é prerrogativa do julgador daquele tribunal apontar a identidade entre súmula e caso concreto.

Um exemplo de que a não aplicação de súmula pelo próprio TST é um verdadeiro evento, diz respeito à notória discussão acerca da súmula 310⁹⁶, cancelada pela Resolução 119/2003 daquele Órgão⁹⁷, após decisões reiteradas em sua contrariedade pelo STF.

A seguir, a ilustração da não-incidência da súmula 310, então em vigor, pelo próprio TST:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – Cada matéria suscitada foi devidamente apreciada e fundamentada pelo acórdão impugnado, ou seja, a prestação jurisdicional buscada foi entregue de maneira plena, mesmo que contrária à pretensão da Reclamada, o que afasta, igualmente, as alegadas violações dos dispositivos da Carta Magna e de Lei citados. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – ELETRICISTA – A matéria, como discutida no Recurso de Embargos, não foi prequestionada na Turma. Ademais, correta a aplicação do Enunciado nº 221 do TST, com relação aos dispositivos legais alegados como violados. MULTA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535 E 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC – A

⁹⁶ “Súmula 310. *Substituição Processual* (cancelada). I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788, III – A Lei n. 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV – A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. IV – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituído. VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituído, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios. (Res. 1/1993, DJ 06.05.1993)”.

⁹⁷ DJ 01.10.2003.

Turma, ao apreciar os Embargos Declaratórios, manifestou-se, de forma concisa e clara, fundamentando cada matéria discutida, e concluindo pela ausência dos vícios apontados. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL RESTRITA – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – PERÍCIA – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 896 E 195, § 2º DA CLT – O art. 195, § 2º da CLT dispõe que o Sindicato tem legitimidade para atuar como substituto processual na ação trabalhista em favor de seus associados, cujo objeto seja o adicional de insalubridade ou de periculosidade. Recurso de Embargos conhecido e provido, em parte. (TST – ERR 244327 – SBDI 1 – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 08.11.2002).

Conquanto se negue obediência à súmula, consta no teor do mesmo acórdão que aquele texto e o caso concreto versariam sobre matérias diferentes: “O Enunciado 310/TST refere-se tão-somente a demandas que visem às reposições salariais oriundas de planos econômicos e interpreta a norma consubstanciada no artigo 8º da Constituição Federal, sendo inaplicável ao presente caso”.

Impende-se que, ao contrário do julgamento que interpreta a súmula e a aplica, este interpreta para não aplicá-la⁹⁸, e tal assertiva remete à presunção lógica de que se o acórdão em tela admitisse a identidade entre a matéria sumulada e o caso prático, deveria a esta fidelidade. Mesmo a decisão que nega a súmula por ausência de

⁹⁸ Situação semelhante é a do julgamento que segue: “QUITAÇÃO – ENUNCIADO 330 – Não se pode aplicar o Enunciado 330, no sentido liberatório de valor e título das verbas constantes da rescisão contratual, se não há alusão ao período a que se referem. Interpretação do item II do Enunciado 330. HORAS EXTRAS. O Apelo não ultrapassa a fase de conhecimento, tendo em vista que a Turma Regional não emitiu tese explícita acerca da apontada afronta ao artigo 7º, XIV, da Constituição, nem foi argüida para tal por meio dos Embargos Declaratórios. Assim inexistiu o devido prequestionamento da matéria, a teor do Enunciado 297 desta Corte. DESCONTOS FISCAIS. A tese da Turma Regional é no sentido de que não tem competência, esta Especializada, para determinar os descontos fiscais, devendo o artigo 114 da Constituição ser interpretado restritivamente. Diante disso, infere-se que os julgadores não emitiram juízo explícito a respeito da argüida violação do artigo 46 da Lei 8.541/92, tampouco foram instados a fazê-lo por meio do remédio processual adequado, revelando-se preclusa a matéria, consoante o Enunciado 297 desta Corte. Além disso, os arestos colacionados afiguram-se inespecíficos (Enunciado 296/TST) . Recurso de Revista não conhecido. (TST – RR 650496/2000.6 – 2ª T. – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – DJU 08.04.2005).”. Neste acórdão, assim manifestou o juízo *a quo*, conforme reprodução naquela peça: “Como se sabe, Enunciados não vinculam o julgador, mormente quando a sua aplicabilidade possa, escandalosamente, perpetrar ofensa ao texto constitucional (artigo 5º, inciso II). A eficácia liberatória da quitação preconizada no Enunciado nº 330 não é atribuída por lei e, portanto, não pode ser agasalhada por esta Corte. O artigo 477, parágrafo 2º, da CLT, não faz nenhum tipo de limitação, descabendo, assim, outra fonte subsidiária do direito, quando hierarquicamente inferior, fazê-lo (fl. 322).”. O Ministro Relator reduziu a questão ao argumento de que a Turma julgava conforme a súmula 41 e a súmula 330 é a que se aplica, por se tratar de uma revisão daquela. Entretanto, esta mesma Turma interpretou a súmula 330 de forma a afastar sua identidade para com o caso concreto: “Dessa forma, a quitação contida no instrumento de rescisão contratual tem eficácia liberatória em relação a todas as parcelas consignadas, por valor e título, desde que conste no documento rescisório o período a que alude cada pagamento. Analisando o documento de fl. 13, observa-se que não há alusão dos períodos aos quais se refere os pagamentos, razão por que não há que incidir o Enunciado 330”.

identidade com a matéria, admite subliminarmente que, se se tratasse do caso específico, estaria compelida a seguir seu direcionamento. Chega-se, assim, às raias de se afastar a identidade do caso concreto com o preceito sumulado para justificar sua não incidência⁹⁹.

Que não fosse e admitindo-se a possibilidade do TST de enfrentar e não acatar parcial ou completamente o entendimento sumulado, não por fruto de um eventual desvio interpretativo do que a súmula quer dizer ou por entender que um dado caso concreto escapa de sua previsão, mas por sua frontal descon sideração, de bom alvitre a suspensão do julgamento até decisão do Pleno (no caso de súmula em sentido estrito) ou de uma das Seções de Dissídios Individuais (no caso de SDI), para que se apure a necessidade de sua permanência, já que acórdãos e súmula em sentidos opostos não devem coexistir.

Tal observação foi acatada em recente decisão do TST (E-RR-665159/2000.1), em 5.12.2005, reforçando sobremaneira o argumento de que ou subsiste o julgamento contrário à súmula ou a própria súmula.

Como sequência histórica do processo em consideração, tem-se que, na data de 27.11.2002, por unanimidade, a segunda Turma do TST determinou, em sede de Recurso de Revista, a assinatura na carteira de trabalho e previdência social (CTPS) de servidor público, em dissonância com a súmula 363 daquela própria Corte¹⁰⁰.

⁹⁹ Tamanha é a força da súmula nos acórdãos do TST que mesmo após o cancelamento da súmula 310 em 01.10.2003, ela continuou sendo aplicada, como demonstra este julgamento de 26.11.2003: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DE REVISTA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – SINDICATO – ILEGITIMIDADE ATIVA – ENUNCIADO Nº 310/TST – CONTRARIEDADE – Há que ser destrancado o apelo revisional evidenciada a hipótese autorizadora a que alude o artigo 896, ‘a’, da CLT. RECURSO DE REVISTA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – SINDICATO – ILEGITIMIDADE ATIVA – Carece de legitimidade o sindicato para, como substituto processual, postular salários, comissões, gratificações natalinas, prêmios, ajuda de custo e multas decorrentes do não-pagamento de salários. Incidência do item I do Enunciado nº 310 do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR 662347 – 1ª T. – Rel. Min. Conv. Guilherme Bastos – DJU 12.12.2003)”.

¹⁰⁰ “Decisão: Por unanimidade, não conhecer do apelo quanto à incompetência da Justiça do Trabalho. Por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial, quanto à nulidade do vínculo empregatício e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para limitar a condenação à indenização dos depósitos fundiários do período trabalhado e assinatura na CTPS” (E-RR-665159/2000).

Em sede de Recurso de Embargos, o julgamento foi suspenso, em 11.4.2005, a pedido de vista regimental, em virtude do então Ministro Relator haver votado em conformidade com a súmula¹⁰¹.

Ato contínuo, em 18.4.2005 houve nova suspensão do julgamento, agora para submeter a matéria à apreciação do Tribunal Pleno, possibilitando-lhe, inclusive, rever a súmula sob comento, pois a maioria dos Ministros votava contrariamente a esta¹⁰².

Com a conversão do Incidente de Uniformização de Jurisprudência em revisão de súmula, em 10.11.2005, optou-se pela incolumidade do texto da súmula e retorno do processo à SDI-I, para a continuidade do julgamento.¹⁰³

Finalmente, na data de 5.12.2005, o caso concreto foi modificado para excluir o entendimento contrário à súmula, fixando-lhe a obediência a esta¹⁰⁴.

Do confronto entre o julgamento contrário e a súmula 363 do TST, a súmula sobreviveu, a partir da manutenção de sua redação. Obviamente, a modificação

¹⁰¹ “*Decisão*: suspender o julgamento do processo em virtude de pedido de vista regimental, formulado pelo Exmo. Ministro José Luciano de Castilho Pereira, após o Exmo. Ministro Relator ter se manifestado no sentido de conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e contrariedade à Súmula n. 363 do TST e, no mérito, dar-lhes provimento parcial para excluir da condenação a obrigatoriedade do registro do contrato de trabalho na CTPS do Autor” (E-RR-665159/2001.1).

¹⁰² “*Decisão*: acolhendo proposta do Exmo. Ministro Rider Nogueira de Brito e de conformidade com o disposto no artigo 76, inciso II, do RITST, suspender a proclamação do resultado do julgamento a fim de submeter a matéria à apreciação e deliberação do e. Tribunal Pleno, com a revisão, se for o caso, da Súmula 363 desta Corte, uma vez que a maioria dos Ministros votava de forma contrária à referida súmula; após os Exmos. Ministros Carlos Alberto Reis de Paula, relator, João Batista Brito Pereira e Rider Nogueira de Brito terem consignado voto no sentido de conhecer dos embargos por contrariedade à Súmula n. 363 do TST, ao entendimento de que no referido enunciado não há previsão quanto à hipótese ora apresentada ‘registro do contrato de trabalho na CTPS’; e os Exmos. Ministros José Luciano de Castilho Pereira, João Oreste Dalazen, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Lélío Bentes Corrêa, Aloysio Silva Corrêa de Veiga e o Exmo. Juiz Convocado José Antônio Pancotti no sentido de não conhecer do recurso, mantendo, portanto, a decisão embargada que limitou a condenação à indenização dos depósitos fundiários do período trabalhado e à assinatura na CTPS” (E-RR-665159/2000.1).

¹⁰³ “*Decisão*: I – por unanimidade, converter o Incidente de Uniformização de Jurisprudência em revisão de súmula; II – por maioria, vencidos os Exmos. Ministros José Luciano de Castilho Pereira, João Oreste Dalazen, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi e Lélío Bentes Corrêa, manter a redação da súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho; III – por unanimidade, determinar o retorno dos autos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais para prosseguir no julgamento do feito” (E-RR-665159/2000.1).

¹⁰⁴ “*Decisão*: por unanimidade, conhecer dos embargos por divergência jurisprudencial e contrariedade à Súmula n. 363 da Casa e, no mérito, dar-lhes provimento parcial para excluir da condenação a obrigatoriedade do registro do contrato de trabalho na CTPS do Autor” (E-RR-665159/2000.1).

ocorreu no caso concreto, compelido a obedecê-la, portanto. Do contrário, se este permanecesse, a súmula seria - por intermédio do mesmo processo de revisão que passou - extinta ou alterada, para passar a prever ao menos a assinatura em CTPS, no caso específico.

Com base no procedimento adotado, é translúcido o processo que impede, por fim, que julgamento do TST transite em julgado portando decisão contrária à súmula vigente.

Sob o cuidado de se estudar as hipóteses cabíveis no quadro ora delineado, ainda que porventura se ultrapassasse a medida de remição ao Pleno e fosse e ignorada, mesmo assim, a súmula ao caso concreto, sem ser obstaculizada em processo de revisão, tem-se, em última análise, que a desobediência a ela se equipara à desobediência que se possa ter a uma lei, por uma razão justificada (inusitada, mas justificada). Tanto em um caso quanto em outro e desde que não verse sobre matéria constitucional, tem o TST a última palavra (seja em recurso de embargos, revista ou agravo).

Neste ponto, o argumento proferido em voto vencido pelo Ministro Marco Aurélio, na ADIn 594, na qual se travava uma discussão acerca da obrigatoriedade das súmulas a partir do que prescreve o art. 38 da Lei nº 8.038/90, aponta para conclusão convergente. Sobre tópico levantado pelo Ministro Carlos Velloso, então Relator, que discorreu que “Os Ministros podem, tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo, propor a revisão de súmula e, em pesquisa que efetuei, observei que há casos em que teses da súmula foram simplesmente abandonadas em julgamentos”, o Ministro Marco Aurélio respondeu: “Não obstante, excelência, a lei também pode ser revista e, no entanto, não se nega a possibilidade de ajuizamento em relação à lei; até que haja revisão, ela surte efeito”¹⁰⁵.

Em síntese, o próprio TST fomenta mecanismo de modo a aplicar seu entendimento dominante, vinculando seus preceitos sumulados sob obrigatoriedade indireta.

¹⁰⁵ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 27.

O efeito vinculante indireto não é prerrogativa do TST. Embora se tenha argumentado na introdução deste trabalho que este não cuidaria da vinculação de súmulas que não as do TST, em razão da delimitação do tema e ainda pelo fato específico de que as incessantes transformações das relações de trabalho façam com que o Poder Judiciário desta seara invada competência legislativa que não lhe pertence, como se verá adiante, prescrições como o art. 557¹⁰⁶ do CPC (nova redação dada pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998) e o já citado art. 38 da Lei Federal n. 8.038 de 1990 são dignos de uma atenção específica, pois servem de fundamento para a questão ora debatida e focada no direito do trabalho.

Para uma compreensão mais apurada do problema é pertinente a reprodução do art. 38 da Lei Federal n. 8.038/1990:

Art. 38. O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal.

Vê-se que é patente a identidade entre ambos os textos (art. 38 da Lei Federal n. 8.038/1990 e art. 557 do CPC), especialmente ao se denotar que ambos partilham da mesma expressão para o mesmo fim: *negará seguimento*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§ 1º. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.” (Redação alterada pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998).

¹⁰⁷ Quanto ao conteúdo do art. 557 do CPC (em sua nova redação), Silvio Nazareno Costa, ao contrário, não vê a obrigatoriedade da identidade com entendimento sumular para seguimento do recurso. Em argumento que poderia ser estendido ao teor do art. 38 da Lei 8.038/90, entende o autor em referência que “a redação do texto legal (art. 557 do CPC) é peremptória (‘o relator negará seguimento...’), o que parece impor a conclusão pelo reconhecimento do direito subjetivo da parte recorrida a sua aplicação [...] Contudo, salvo melhor juízo, uma interpretação teleológica daquele dispositivo poderia afastar tal conclusão. Com efeito, o objetivo da norma não parece ter sido o de amarrar a instância recursal a seus próprios precedentes, mesmo que majoritários. Parece ser mais prudente reconhecer-se que a norma legal buscou autorizar a jurisprudência dominante, para que pudesse – ela própria – servir de parâmetro decisório. Mas não em detrimento dos próprios parâmetros estabelecidos na lei. Isto é: não em prejuízo de novo entendimento predominante. Verificada a modificação jurisprudencial – ou sua possibilidade – o relator pode, por prudência, levar o caso a novo exame.” (COSTA, Silvio Nazareno. *Súmula vinculante e a reforma...*, op. cit., p. 168-169).

Lenio Luiz Streck confere à redação do art. 38 da Lei Federal n. 8.038/1990 uma vinculação indireta das súmulas do STF (embora a Emenda Constitucional n. 45 tenha tornado inócuo o efeito do artigo para as súmulas deste tribunal) e do STJ¹⁰⁸. Ao eleger como ponto de partida o art. 38 da Lei 8.038/90 para alcançar o art. 896 da CLT, o autor em tela corrobora o entendimento exposto neste trabalho, ao inferir que as súmulas do TST também possuem um efeito vinculante indireto, tais quais o STF e o STJ¹⁰⁹.

Neste fluxo de ideias, o voto do Ministro Marco Aurélio na já referida ADIn 594 confere vinculação indireta ao art. 39 da Lei n. 8.038/1990:

O artigo 38 da Lei nº 8.038/90 confere, a meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça. Esse artigo contém a utilização do verbo ‘negar’ de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no Superior Tribunal de Justiça, com razões de recurso que contrariem verbete da Súmula, deve ele – é imposição decorrente do artigo 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso¹¹⁰⁻¹¹¹.

E, ao referir-se de modo explícito à vinculação indireta das súmulas do TST, o Ministro completa:

O que tenho presente é a interpretação que, até aqui, vem sendo conferida – não só no âmbito da Justiça do Trabalho, como também no âmbito da Justiça comum – aos enunciados. Todos sabem que de nada adianta o juízo resistir no tocante ao que está sedimentado na súmula da jurisprudência da Corte, pois esta acabará examinando a hipótese. Isto somente leva à delonga na solução da controvérsia e todos devem admitir que, havendo decisão contrária a determinado verbete da Súmula, insistindo-se na interposição de recurso, a causa um dia chegará à Corte que editou o verbete e, nela, o despacho é tido como certo.¹¹²

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 145.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 50.

¹¹⁰ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 26.

¹¹¹ Ao contrário do voto do Ministro Marco Aurélio, o Ministro e então Relator Carlos Velloso, no mesmo Acórdão (ADIn 594), argumentou que “[...] o art. 38 simplesmente autoriza o relator, no S.T.F. e no S.T.J., mediante despacho, a negar seguimento a recurso que contrariar súmula do Tribunal. Essa interpretação ajusta-se ao sistema que a Constituição consagra, da separação funcional dos poderes, está, pois, conforme a Constituição.” (STF-pleno, in RDA 196/204, p. 14).

¹¹² Ibidem, p. 27.

Nada obstante à vinculação indireta que o TST incide por suas matérias sumuladas e sobre suas decisões, não seria, aliás, exagero afirmar que, de acordo com a prescrição do art. 896, a súmula pode ser hierarquicamente superior à lei federal, pois lhe é conferida a prerrogativa de contrariar este instituto, sem que seja, contudo, declarada sua inconstitucionalidade – quanto mais ao se observar que inconstitucionalidade de súmula apenas aparece *in concreto*, mediante provocação da instância máxima nacional, por recurso extraordinário, na oportunidade de se encontrar afronta direta à Constituição – já que, segundo a determinação atual do STF, como visto, a súmula não se sujeita a controle algum senão o do próprio TST¹¹³. Sobre o mecanismo de valoração hierárquica entre leis e súmulas por este tribunal, comenta Wagner Giglio que “atingem os Enunciados [...] um *status* superior ao da lei, pois no entrechoque entre lei e Enunciado, prevalece este sobre aquela”¹¹⁴.

Mais do que isto, a súmula permite a invocação de matéria fática perante o TST, enquanto a lei, não. A obediência de recurso de revista em relação à lei federal ou à Constituição (art. 896 da CLT), exige que se discuta tão-só matéria de direito. Agora, a congruência daquela peça processual com entendimento sumulado permite a análise também de matéria fática. Ainda que o instituto da súmula possa tratar de interpretação nova, ele todavia possui o escopo primordial de registrar interpretações dominantes reiteradas em casos concretos. Com base nos aludidos casos concretos, súmulas abordam matéria de direito (súmula 362¹¹⁵, por exemplo) e matéria de fato (súmula

¹¹³ Guardadas as exacerbações, uma vez que só por ser vinculante a súmula não adquire o *status* de lei material, uma vez limitada à seara interpretativa, Sílvio Nazareno Costa segue linha de raciocínio semelhante, ao argumentar que “a *súmula com força vinculante é lei material*. Tem efeitos *erga omnes*, conquanto não decorra do processo legislativo constitucional. Sob certos aspectos, tem mesmo mais força que a lei. Basta observar que, segundo jurisprudência até agora vencedora no STF, *não estão as súmulas submetidas ao controle de constitucionalidade*.” (COSTA, Sílvio Nazareno. A inconstitucionalidade material da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 155, p. 182, jul./set. 2002).

¹¹⁴ GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. rev. at. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 570.

¹¹⁵ “362. *FGTS – prescrição – nova redação*. É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho. Histórico: Redação original – Res. 90/1999, DJ 03.09.1999 [Revisado pela Res. Adm. do TST (Pleno) n. 121, de 28.10.03, DJ 19.11.03, Rep. DJ 25.11.03]”.

314¹¹⁶ e 320¹¹⁷, por exemplo). Que não se diga que se permite o reexame de fato pelo TST em recurso de revista (como proibido pela súmula 126¹¹⁸), senão quando este atua em grau de instância ordinária. Logo, discute-se, sim, a aplicação de matéria de fato, à luz do julgado de segunda instância.

De todo o exposto, a recorribilidade simbólica e formal de litigantes e a resistência que tribunais regionais possam ostentar em face às súmulas¹¹⁹, mascaram uma irrecorribilidade material. O TST controla, via autorização do art. 896 da CLT, não apenas as questões de origem dos tribunais *a quo* que aprecia, como aquelas que deixa de apreciar por obediência/desobediência à previsão sumular¹²⁰.

Justamente sobre o artigo celetista que serve de alicerce ao poder de vinculação indireta das súmulas do TST, cabe a seguinte perquirição: É inconstitucional o artigo 896 da CLT?

Argumenta Lenio Luiz Streck que o já referido art. 38 da Lei Federal n. 8.038/1990, por conta de sua vinculação indireta, é inconstitucional (pelo menos,

¹¹⁶ “314. *Indenização adicional – verbas rescisórias – salário corrigido*. Se ocorrer a rescisão contratual no período de 30 (trinta) dias que antecede à data-base, observado o Enunciado n. 182 do TST, o pagamento das verbas rescisórias com o salário já corrigido não afasta o direito à indenização adicional prevista nas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 28.10.1984. (Res. 6/1993, DJ 22.09.1993)”.

¹¹⁷ “320. *Horas ‘in itinere’ – obrigatoriedade de cômputo na jornada de trabalho*. O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas *in itinere*. (Res. 12/1993, DJ 29.11.1993)”.

¹¹⁸ “126. *Recurso – cabimento*. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, *b*, da CLT) para reexame de fatos e provas. (RA 84/1981, DJ 06.10.1981)”.

¹¹⁹ “em matéria trabalhista, o TRT pernambucano, não obstante edição de súmula do TST recusando o salário-família aos trabalhadores rurais, por falta de previsão da fonte de custeio, tem concedido tal benefício aos rurícolas da região, tendo em vista a realidade fática das muitas usinas açucareiras da região, em que trabalham sem número de empregados, em condições que poderiam se dizer próprias, num misto de trabalho urbano e rural, posto que laboram no campo, junto ao qual está a indústria açucareira da qual dependem e na qual se empregam, tendo sido outrora, inclusive, para fins salariais, considerados industriários.” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo...*, ob. cit., p. 235-236).

¹²⁰ Acrescenta Lenio Luiz Streck que “com efeito, enquanto na Lei 8.038 o relator pode rejeitar, de plano, o recurso que contrarie Súmula do STJ ou do STF, o art. 896 não somente confere esse papel ao relator como, por expressa disposição, proíbe qualquer recurso que tenha por objeto matéria dissonante com o enunciado de Súmula do TST” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 151).

objetivamente, em relação às atribuições do STJ), face ao art. 105, III, c, da Constituição Federal de 1988¹²¹, que dispõe o que segue:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja sido atribuída outro tribunal.

[...]

Em seu voto no acórdão da ADIn 594, o Ministro Sepúlveda Pertence adota critério semelhante ao mencionar que se o artigo 38 realmente obrigasse o juiz a adotar entendimento sumulado, a inconstitucionalidade não estaria na súmula, mas no dispositivo legal, pela incompatibilidade com o princípio da separação e independência dos Poderes¹²².

Ocorre que a correspondência ora fundamentada entre o STJ e a Constituição, para justificar uma possível inconstitucionalidade do art. 38 da Lei Federal n. 8.038/1990, não pode repetir-se entre o TST e a Constituição, a fim de se analisar o art. 896 da CLT e, sob este prisma, se esvai a primeira possibilidade de se considerar inconstitucional a prescrição celetista.

Se a competência do STJ está estampada no art. 105 da Constituição, a do TST não tem igual sorte, à luz do que dispõe o §1º do Art. 111-A da Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004): “A lei disporá sobre a competência do Tribunal Superior do Trabalho”. Assim, a competência do TST tem previsão infraconstitucional, estando distribuída nos artigos 690 a 701, 808 e 893, da CLT, além do que compete ao Tribunal Pleno, por força da Lei n. 7.701, de 21.12.1988.

¹²¹Ibidem, p. 145-146.

¹²² STF-pleno, in RDA 196/204, p. 50. No mesmo acórdão, o Ministro Relator Carlos Velloso, ao defender o art. 38 da Lei Federal n. 8.038/90 e a prerrogativa do juiz de poder negar recurso com base em súmula, aduz que “essa interpretação ajusta-se ao sistema que a Constituição consagra, da separação funcional dos poderes, está, pois, conforme a Constituição. A não se entender assim, deve o Supremo Tribunal declarar a ilegitimidade constitucional do dispositivo legal, por isso que [...] norma infraconstitucional não poderia conferir à súmula de jurisprudência, simples ementa ou resumo da jurisprudência predominante, força de lei, porque estaria efetivando autêntica delegação legislativa.” (Ibidem, p. 14).

Ainda que se aceite que o art. 896 guarda a mesma *ratio* do art. 38 da Lei n. 8.038/1990 ou mesmo do art. 557 do CPC, em relação à vinculação indireta das súmulas dos tribunais que os fomenta (situação que provoca em Lenio Luiz Streck o pleito de inconstitucionalidade daquele artigo, por contrariedade ao art. 5º, II e XXXV da Constituição¹²³), fato é que a Justiça do Trabalho utiliza a vinculação indireta das súmulas de sua instância máxima, muito antes da redação dada ao art. 896 pela Lei n. 9.756/1998 ou, ainda, pela Lei n. 7.701/1988 (específica em relação ao §5º).

Reconhece-se que o efeito vinculante indireto das súmulas do TST possui, sim, respaldo no art. 896 da CLT, muito embora a súmula 333 já o previsse, ao preconizar que “não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”. A súmula 333, cuja redação original data de 1994, por sua vez, é uma revisão da então súmula 42:

Súmula n. 42 (Cancelada). *Recurso* - Não ensejam o conhecimento de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Pleno (RA 41/1973, DJ 14.06.1973). Histórico: Revisto pelo Enunciado n. 333 – Res. 25/1994, DJ 12.05.1994 [Cancelado pela Res. Adm. do TST (PLENO) n. 121, de 28.10.03, DJ 19.11.03, Rep. DJ 25.11.03].

Ora, independentemente da redação do art. 896 da CLT, a obediência compulsória à súmula está há muito tempo imbricada na engrenagem jurisdicional do TST, pelo menos desde 1973 (embora com redação mais limitada que a atual, pois excluía as SDIs, que só vieram a vincular expressamente em 1994, por autorização da já citada súmula 333). É de se dizer, assim, que o TST assegurara há décadas o mecanismo da vinculação indireta de suas súmulas, por um sistema auto-constutivo e auto-regulatório.

O ponto crucial deste tópico quanto à determinação sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 896 da CLT (cuja eventual inconstitucionalidade em nada obsta o efeito vinculante das súmulas do TST) está, na verdade, em verificar se o efeito vinculante (direto ou indireto) é constitucional.

Se o projeto que hodiernamente tramita no Senado Federal a respeito da vinculação das súmulas do TST (art. 111-B da Constituição) for levado a cabo, o art.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit, p. 283.

896 da CLT não poderá ser tido como inconstitucional, ao menos com relação às súmulas *stricto sensu*, pois, conforme já decidiu a Emenda Constitucional n. 45/2004, a vinculação obrigatória (todavia formalmente restrita ao STF) de uma determinada interpretação não enseja inconstitucionalidade. Por outro lado, o insucesso do projeto a partir de uma tácita afirmativa de que a súmula do TST não pode vincular acarreta, sim, na inconstitucionalidade do referido artigo; tanto em um caso quanto em outro, a força vinculante indireta das SDIs - respaldada pelo art. 896 da CLT - não afasta este artigo ao menos de uma parcial inconstitucionalidade, pois o projeto está adstrito às súmulas *stricto sensu*.

Com efeito, mesmo se fosse, por hipótese, considerado inconstitucional o art. 896 da CLT, a súmula 333 garantiria o seguimento do mecanismo do recebimento e não recebimento de recursos por obediência sumular (como assim já fazia a súmula revista, de n. 42), a qual sequer se sujeita a um controle de constitucionalidade – fator que garante sua perenidade - senão por forma in concreto.

Finalmente, traspassados o art. 896 e a súmula 333, com o fito de se admitir uma ilustração exacerbada mediante um controle extremamente rígido do STF, perpetuar-se-ia, ainda assim, o entendimento sumulado, pois, como já visto, o TST deve obediência a esta sua cria.

O efeito vinculante configura-se, assim, como mecanismo de força da súmula trabalhista, resgatando a particularidade do extinto prejudgado responsável pela revogação do art. 902 da CLT que o autorizava. O ordenamento jurídico pátrio compreende, atualmente e ao menos de maneira tácita, que a adoção de súmulas vinculantes não implica em uma característica de inconstitucionalidade, por mais que limitadas a tribunais específicos. Para tanto, traz o §2º do art. 103-A da Constituição formas de controle para estas súmulas. Contudo, tal mecanismo de controle não sanaria o problema das súmulas, pois o perigo contido no mecanismo da vinculação, personificado na criação do próprio direito ilegítimo e inconstitucional, na forma potencial ou efetiva, supera o remédio ministrado.

O efeito vinculante remeteria as súmulas ao mesmo destino dos prejudgados, se não houvesse uma observação importante: a obrigação de que os tribunais inferiores abracem determinada interpretação da Corte máxima não agride mais os olhos do

legislador, tanto que temas acerca da adoção de súmulas vinculantes encontraram seu efetivo espaço na Constituição, além de preencherem projetos do Congresso Nacional, desde que, obviamente, seja a própria atividade interpretativa o limite criativo destas súmulas.

Na esteira da resistência às súmulas vinculantes, argumenta Lenio Luiz Streck que “[...] entender que as Súmulas tenham ou possam vir a ter caráter vinculativo, ao ponto de lhe ser atribuída validade até superior às leis em geral, *é ignorar o tipo de sistema jurídico vigente no Brasil*.”¹²⁴. Ao contrário, compreende-se que adotar súmulas vinculante não remete à adoção da *common law* em detrimento do sistema pátrio (*civil law*), primeiro porque, ao contrário dos *precedentes* daquele primeiro sistema, aqui, as interpretações não caem umas sobre as outras, pois sempre há o retorno ao texto de lei como “marco-zero”; depois, o caráter geral e abstrato da súmula vinculante, quando a vinculação está adstrita à seara da interpretação, não culmina pela troca de um sistema jurídico (*civil law*) por outro (*common law*).

Argumenta-se, para ilustrar, que a tensão entre a atividade jurisdicional e a legislativa quanto a confecção de súmulas pelo Poder Judiciário não é uma exclusividade brasileira. Na Argentina, por determinação do art. 303¹²⁵ do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (CPCC) os *fallos plenarios*, criados nos tribunais de segunda instância, vinculam os próprios tribunais e os juízes de primeira instância da jurisdição correspondente. Lá, assim como no Brasil, a súmula (em que pese pertencer aos tribunais de segunda instância) possui função interpretativa e não é necessariamente advinda de decisões reiteradas e pretéritas, pois, igualmente, pode adquirir caráter preventivo, nos mesmos moldes da característica do prejulgado incorporada à súmula brasileira, quando interpreta direito novo.

Diante do até então exposto e tomando-se por consideração que a ausência da eficácia de lei não autoriza que com ela a súmula seja equiparada, resta saber se esta

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit, p. 224.

¹²⁵ “Art. 303 – La interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria será obligatoria para la misma cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquella tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse dicha doctrina por medio de una nueva sentencia plenaria”.

pode ao menos trazer prescrições normativas e, assim, munida, em especial, de seu efeito vinculante, encontrar posto na categoria de fontes formais do direito do trabalho.

2.3 PODER NORMATIVO E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Ao Direito do Trabalho, no Brasil, é conferido constitucionalmente a peculiaridade de criar novas disposições à relação contratual de empregado e empregador, o que se convencionou denominar de *poder normativo*.

Insta demarcar a extensão deste *poder normativo* para que se compreenda até que ponto é permitido à Justiça Trabalhista *legislar e normatizar*, e os elementos componentes deste instituto, cuja utilidade e abrangência foi ceifada pela nova redação do §2º do art. 114 da Constituição, dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Isto para esclarecer que súmulas e poder normativo não guardam qualquer semelhança, por atuarem em vias incomunicáveis: aquela *interpreta*, este *cria*.

É justamente a *função-meio* de *interpretar* que não autoriza que se considere a súmula fonte formal do direito. Assim, não cabe à súmula *normatizar* nem por atuação do *poder normativo*, nem por condição de fonte, mesmo que as do TST sejam dotadas de efeito vinculante indireto, como retratado no item 2.2.

Consigne-se, é o efeito vinculante que permite que a súmula do TST possa atuar como receptáculo de uma força normativa ilegítima, que a coloca, neste diapasão, na condição de fonte *formal* do direito, alheia a qualquer controle que, sob o prisma do ordenamento jurídico vigente, se possa lançar mão sobre ela.

2.3.1 As Fontes do Direito do Trabalho

Paralelamente à crítica que faz à denominação fontes, como é o caso da proposta de José Marcelo Menezes Vigliar para que se considere o termo “formas de expressão do direito”¹²⁶, opta-se pela manutenção da identificação tradicional (fontes). Na verdade, a simples substituição de uma palavra por uma expressão pouco contribui para o enfrentamento da questão de se localizar a jurisprudência e principalmente a súmula como fonte ou não de direito, fato que efetivamente se busca solucionar.

Reduz-se o objeto de análise às fontes formais, identificadas pelos instrumentos que moldam e dão vida jurídica às fontes materiais, que se constituem nas reivindicações e necessidades de um grupo social dispostos a alterar sua realidade vigente – e o Direito do Trabalho traz peculiaridades às suas fontes materiais, via enfoque à proteção tutelar do empregado e das organizações corporativas.

As fontes formais, que se manifestam por *medium* coercitivo ou regulatório, podem, no âmbito trabalhista, ser classificadas quanto à origem, como estatais e extra-estatais, sendo aquelas a Constituição, as leis, os atos normativos em geral e a sentença normativa e, estas, as convenções e acordos coletivos, os contratos individuais de trabalho e os regulamentos de empresa (que, como dependem não apenas de confecção bilateral, mas unilateral pela empresa, são os responsáveis pelas fontes extra-estatais não serem denominadas de contratuais)¹²⁷, embora não se possa excluir os usos e os

¹²⁶ “Sendo o objetivo do presente estudo destacar a importância da jurisprudência que, nos limites que proporei, deve ser unificada e projetar um efeito vinculativo, parece-me oportuna, antes de sua definição, situá-la exatamente, na categoria jurídica a que pertence, ou seja, como uma das *formas de expressão do direito*, até mesmo para que não se busque, como um método obstinado que parece existir entre alguns estudiosos, uma hierarquia – que considero absolutamente inexistente – entre o direito positivo e a jurisprudência, que devem ser vistos como manifestações do mesmo fenômeno jurídico [...] deve-se preferir a expressão *formas de expressão do direito* à expressão menos feliz *fontes do direito*. O que agrupa, v. g., leis, costumes, jurisprudências e outras formas de expressão são as qualidades dessas manifestações (produto do arbítrio humano/ reconhecimento de elemento próprio à condição ser humano) para expressar aquilo que deve ser considerado como o próprio Direito.” (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 52; 54).

¹²⁷ A disposição desta ordem segue a classificação trazida por Sérgio Pinto Martins (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 73-78), exclusive o destaque que este autor confere às normas internacionais, pois uma vez ratificada integra à legislação pátria como

costumes, cuja existência se verifica pelo princípio da primazia da realidade e seu cumprimento pela habitualidade e exigibilidade de sua prática¹²⁸.

Ademais das fontes formais estatais, as contratuais também geram obrigações a trabalhadores e empregadores, por mais limitadas que estas sejam, no aspecto temporal, espacial e quanto ao número de destinatários¹²⁹.

Os contratos individuais de trabalho e as convenções coletivas têm, por exemplo, força de lei, por criarem direitos e deveres entre os envolvidos por suas disposições, mormente não possuam forma de norma primária, devido à falta de um procedimento legislativo que assim os legitimem, mas forma de norma secundária.

Sobre os contratos de trabalho, interessante é ressaltar que por fonte de direito novo (sobre o que venha a ser estipulado) para as partes, em sentido semelhante do produzido pelas convenções e acordos coletivos, só que em escala reduzida, pelo limite dos dois pólos da relação empregatícia, se entende o contrato real. O contrato laboral é fonte formal do direito, mas independe de forma para sua configuração.

Posicionamento contrário à situação do contrato de trabalho como fonte de direito é o de Daniel Rivas, justamente por aquele produzir efeitos limitados aos contratantes, e não em relação a terceiros¹³⁰. Inegável, entretanto, que o contrato de trabalho opera sim, sob o efeito *erga omnes*, e se ele é contra terceiros, o obstáculo encontrado por este autor estaria, assim, superado.

Ao comentar especificamente sobre a convenção coletiva de trabalho, aduz Manoel Gonçalves Ferreira Filho que ela se consubstanciaria em uma

lei ordinária ou mesmo emenda constitucional (§ 3º do art. 5º da Emenda Constitucional n. 45/2004), de acordo com a matéria tratada, o que as incluem nas fontes formais estatais.

128 Por exemplo, a redação do art. 458 da CLT: “Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas”.

129 “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 161).

130 RIVAS, Daniel. O contrato de trabalho é fonte de direito? In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho: grupo das quartas-feiras*. São Paulo: LTr, 1998. p. 239.

[...] *legislação não-estatal*, uma *legislação pelos interessados*, se se quiser, já que sua fonte seria a vontade de determinados entes não integrados no Estado, ressalvada, é claro, a hipótese do Estado corporativo ou sindicalista. Há que considerar, todavia, que a convenção coletiva de trabalho está *sub lege*. Sem dúvida, ela o está, na medida em que é a lei que permite o seu estabelecimento (quando não o é a Constituição), que marca os seus limites, que põe suas condições. Não é, entretanto, menos verdadeiro que, nos claros da lei, podem as partes criar obrigações, não só para si como se dá nas convenções comuns, mas para terceiros. Assim, a *legislação pelos interessados* combina-se com a *legislação governamental*¹³¹.

De fato, não apenas as convenções coletivas, mas as fontes contratuais como um todo, geram compromisso entre as partes, sem que possam, contudo, contrariar direitos previstos em lei, a não ser nos casos expressamente autorizados pela Constituição, como a redução salarial por instrumento coletivo, na forma do inciso IV do art. 7º da CLT. Assim, tais fontes são modificáveis por qualquer instância judicial por contrariedade a preceitos legais. As fontes contratuais, dotadas de força normativa, traçam, sim, prescrições aos contratantes, mas eventual inconstitucionalidade ou ilegalidade que possa se assentar sobre a forma e o conteúdo de seus instrumentos não resiste à menor análise pelo órgão jurisdicional competente ou, se assim não for, à superação de instância, o que as situa em uma condição infra-legal.

Agora, quando os participantes de convenções ou acordos coletivos não exercem o direito de, além de estipularem formas e condições de trabalho, estabelecerem normas para si – o que se verifica desde a estipulação do piso mínimo da categoria – podem facultar ao Poder Judiciário do Trabalho (pela nova redação do §2º do art. 114 da CLT dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004), que este estabeleça tais normas.

É justamente a criação de normas pela jurisdição trabalhista o tópico que, nesta oportunidade, merece atenção. Mais do que isto interessa identificar e delimitar a atividade constitucionalmente autorizada ao TST (que aparece novamente como detentor da última palavra) de normatizar e, por conseguinte, descobrir se tal tarefa alcança a confecção de súmulas.

A função típica do Poder Judiciário é, obviamente, a de julgar, como bem assevera Alexandre de Moraes:

¹³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 189.

Ao lado da função de legislar e administrar, o Estado exerce a função de julgar, ou seja, a função jurisdicional, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade [...] Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.¹³²

Legislar é uma atividade atípica do Poder Judiciário¹³³, presente sobremaneira na elaboração dos regimentos internos dos Tribunais. Embora o ato de legislar por exceção signifique atribuição secundária, não implica em dizer que outros órgãos possam fazê-lo; é secundária por não ser a atividade principal, porém, é tão privativa a este Órgão quanto sua função principal.

Acerca do regimento interno não se fala de norma secundária (que não se confunde com atribuição secundária), mas de primária, pois ainda que não se configure o aspecto formal do tramite legislativo para que se reconheça referido instrumento como lei – e se verá na segunda parte deste estudo (item 3) que a formalidade pouco contribui para que um texto seja enquadrado como de cunho efetivamente legiferante - aqui não se constata o elemento *sub lege*. Como bem expõe Clémerson Merlin Clève, os regimentos internos têm função completiva à lei e geram uma exigibilidade autônoma e privativa que os autoriza a partilhar de uma isonomia hierárquica para com esta:

[...] exerce a função legislativa (no sentido material) o Judiciário quando os Tribunais elaboram os seus respectivos regimentos internos. [...] Ora, esses regimentos não apenas organizam os serviços administrativos dos Tribunais, como chegam a complementar a legislação processual, por isso que inclusive recursos (num sentido amplo e, pois, não técnico) não cogitados pela lei processual, acabam sendo criados pelas normas regimentais¹³⁴.

Do mesmo modo que compete a todos os tribunais, o TST tem competência privativa para legislar acerca de seu regimento interno (Art. 96, I, a, da Constituição). Sob tal aspecto é conveniente convencionar, a esta altura, que por legislação se identifica a atividade normativa secundária e por normatização a própria norma

¹³² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 458.

¹³³ “O Juiz, como órgão do Poder Judiciário, não cria a lei, apenas a aplica ao caso concreto, dizendo a qual dos litigantes pertence o direito. Entretanto, no exercício de uma função atípica pode, em determinadas hipóteses legalmente previstas, legislar” (MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo...*, op. cit., p. 251).

¹³⁴ CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 81.

secundária. A Constituição, aliás, se encarrega de estabelecer esta distinção, ao trazer no art. 49, XI o que segue: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

Paralelamente à função de *legislar* no caso acima previsto, a Constituição autorizou o Poder Judiciário do Trabalho a *normatizar*, privativa e exclusivamente, no que verse sobre dissídios coletivos.

Victor Nunes Leal limita a matéria abrangida pelo poder normativo trabalhista, ao aduzir que “o problema da função normativa da justiça do trabalho não tem cabimento nos conflitos individuais do trabalho, nem nos conflitos coletivos de natureza jurídica. Em tais casos, julga o tribunal trabalhista como tribunal comum, apreciando a conduta das partes e interpretando e aplicando o contrato e a lei”¹³⁵.

Sobre o tema argumenta Vicente José Malheiros da Fonseca que por dissídios coletivos de natureza jurídica têm-se os adstritos à interpretação, enquanto os de natureza econômica são os que instalam foco de tensão na ânsia de melhores condições de trabalho, sobre os quais cabe criar novas normas para a solução de um conflito de interesses¹³⁶. Aliás, é sobre o dissídio coletivo de natureza *econômica* que trata o parágrafo 2º do art. 114 da Constituição (já com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004):

114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

¹³⁵ LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 187.

¹³⁶ FONSECA, Vicente José Malheiros da. Justiça do trabalho: representação, poder normativo e prerrogativas sindicais. *Revista do TRT da 8ª Região*, Belém, v. 29, n. 56, p. 30, jan./jun. 1996.

Opinião contrária tem Orlando Teixeira da Costa, para quem o juiz que sentencia em dissídios coletivos “age como se legislador fosse, criando o direito e não apenas interpretando o já existente”¹³⁷.

Arion Sayão Romita, por sua vez, focou a literalidade da suposta ação legislativa da Justiça do Trabalho acusada por Orlando Teixeira da Costa, e com base nesta afirmativa concluiu que “se juiz não é eleito, se não é representante do povo, não pode legislar. O poder normativo é incompatível com o Estado democrático de direito. Para o exercício de tal poder, falta ao juiz *legitimidade*. O disposto no art. 114, §2º, *in fine* da Constituição de 1988 é, portanto, inconstitucional”.¹³⁸

Sopesando-se o radicalismo de Arion Sayão Romita quanto à legitimidade do juiz de *legislar*, ainda que constitucionalmente autorizado a tanto no que se refere à criação de regimentos internos dos tribunais, como visto acima, é verdade que há uma impropriedade no uso do termo *legislar* para as atribuições advindas com o poder normativo no direito do trabalho.

Normatizar não é legislar. Pontes de Miranda, ao comentar redação constitucional semelhante (§1º do art. 134 da Constituição Federal de 1967), ainda que sob uma maior amplitude ao poder normativo do direito do trabalho, especificou que

À lei é dado especificar os casos em que, nos dissídios coletivos, a Justiça do Trabalho pode estabelecer *normas e condições de trabalho*. (A expressão ‘condições’, atécnica, vem de antes). Não se trata de *delegação de poder legislativo*, que se permitisse no art. 134, §1º, como exceção à regra jurídica proibitiva do art. 6º, parágrafo único, porém de auto-reconhecimento da lacunosidade da lei: a lei deixa à Justiça a elaboração de *regras* sôbre certos assuntos e de cláusulas de ordem negocial, de modo que – por explícita regra jurídica constitucional – se reconhece que a Justiça do Trabalho edicta *regras jurídicas* (imperativas; dispositivas; ou interpretativas dos negócios jurídicos, !não é das leis!) e regras dos negócios, nos casos (isto é, assuntos) *especificados em lei*¹³⁹.

¹³⁷ COSTA, Orlando Teixeira da, op. cit., p. 18 e 15, respectivamente.

¹³⁸ ROMITA, Arion Sayão. Os precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho. Ltr – suplemento trabalhista, São Paulo, v. 30, n. 79, maio 1994, p. 469. No mesmo sentido: MAGANO, Octávio Bueno. Poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, n. 9, p. 1.027, set. 1991; FERRARI, Irani. Do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 57, n. 3, p. 265, mar. 1993, p. 265; TEIXEIRA FILHO, João Regis. O poder normativo da justiça do trabalho, sua constitucionalidade e a forma como vem sendo exercido pela Justiça do Trabalho (I). *Bonijuris – Legislação Trabalhista*, Curitiba, v. 4, n. 20, p. 897, out. 1993.

¹³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1967. Tomo IV, p. 265.

Ainda que a sentença normativa seja fruto do julgamento sobre um caso concreto, ela gera efeito abstrato, como geram efeito abstrato as normas secundárias - cada qual no alcance dos limites de seus envolvidos e sob validade *erga omnes*, ao menos contra terceiros, como é o caso do contrato de trabalho. Por exemplo, analisa-se objetivamente os fatores de uma situação de trabalho para, em virtude de determinadas condições, se estabelecer um adicional de horas extras de 70% sobre a hora normal. A partir daí e durante a vigência do dissídio coletivo, todos os empregados que cumprirem o labor extraordinário hão de receber tal adicional.

Tendo em vista que a classificação da sentença normativa como *fonte* estatal não a autoriza a ser enquadrada no rol de fonte primária, os efeitos daquele instrumento, como ocorre com as normas secundárias - encerrando com elas o próprio conceito de *normatização*, de forma a diferenciá-las de *legislação* - trazem elementos *novos* aos contratantes, isto porque a Constituição, ao autorizá-la como a única hipótese de construção normativa por parte do direito do trabalho, transferiu a esta justiça especializada o condão de acompanhar as mudanças sociais:

Como, na vida econômica, o dinamismo é a tônica dominante, com a mudança e desenvolvimento acelerado, surgindo continuamente novas realidades comerciais e produtivas a serem disciplinadas pelo Direito, temos a impossibilidade prática do Poder Legislativo editar normas que sejam, ao mesmo tempo, atuais (regulando o que está ocorrendo no campo, na indústria e no comércio) e específicas (solvendo antecipadamente os problemas próprios de cada ramo da atividade produtiva)¹⁴⁰.

Pugna a sentença normativa, como julgamento em dissídio coletivo, pela proximidade ao caso concreto, onde a composição espontânea falhou em acordar, geralmente coincidindo com a criação de condições mais vantajosas ao trabalhador¹⁴¹ do que as proporcionadas por lei.

A sentença normativa depende da instauração do processo, a este está vinculado e às partes gera obrigações. Mas além ser uma atividade jurisdicional e conter as qualidades que a esta são pertinentes, no sentido de interpretar e aplicar direito pré-

¹⁴⁰MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo...*, op. cit., p. 264.

¹⁴¹FERRARI, Irany. Do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 57, n. 3, p. 266, mar 1993.

existente, *cria* normas¹⁴². O diferencial é dado pela própria Constituição, uma vez que atribui extensão literal à competência do direito do trabalho quanto ao seu poder normativo. Se a este ramo do direito coubesse, no que verse sobre dissídios coletivos, tão-somente interpretar, desnecessária seria a especificação destacada, por óbvio. Ademais disso, o simples exercício da interpretação, por mais complexidade que se dê ao seu conceito, não alcança as atribuições conferidas ao poder normativo de confeccionar normas.

A confecção de normas, que se desenha, repita-se, como a única possibilidade da Justiça do Trabalho de prescrever direitos - o que exclui de antemão e sumariamente de tal prerrogativa a atividade jurisdicional concentrada na instrumentalização de súmulas, ainda que vinculantes - tem limites.

O poder normativo trabalhista é adstrito aos parâmetros que uma norma infra-legal pode proporcionar.

A parte final do parágrafo 2º do art. 114 da Constituição dá o tom da liberdade da criação normativa trabalhista em dissídios coletivos, ao determinar que sejam: “[...] respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Depreende-se daí que os limites reservados a estas normas não é o mesmo que se dá às leis, o que não poderia ser diferente, mormente aquelas sejam normas secundárias e estas primárias. Mais ainda, o poder normativo em questão é delineado, inclusive, pelo que já convencionaram as partes anteriormente, na forma do artigo supracitado, do que se conclui tratar-se de uma norma secundária limitada por outra norma secundária (convenção ou acordo coletivo).

Não só prevalece sobre o dissídio coletivo o que fora acordado anteriormente, mas mesmo uma composição posterior, como sugere o seguinte acórdão do TST:

¹⁴² Partilha deste entendimento Sérgio Pinto Martins, ao comentar que “mesmo quando a Justiça do Trabalho está dirimindo um conflito coletivo que lhe foi submetido à apreciação, está exercendo uma atividade jurisdicional, criando novas condições de trabalho para determinada categoria, exercendo, dessa forma, atividade jurisdicional, ou seja, de dizer o direito aplicável à espécie.” (MARTINS, Sérgio Pinto. Natureza jurídica e limites do poder normativo da Justiça do Trabalho. *Repertório IOB de jurisprudência*, São Paulo, n. 3, cad. 2, p. 53, fev. 1997).

A conciliação no âmbito da Justiça do Trabalho constitui predestinação histórica. Os acordos coletivos firmados entre as partes devem prevalecer sobre os julgamentos, já que decorrem instituto processual trabalhista, além de decorrerem dos processos negociais patrocinados pelas lideranças sindicais das categorias profissionais e econômicas. (TST- RR-61/076.92, Ac. 1ª T – 428/93, rel. Min. Afonso Celso, DJU de 26.3.93, pág. 5.105).

Note-se que a observância do que outrora convencionou-se entre as partes não confere uma perenidade à sentença normativa (contrariamente do que se verifica em relação às súmulas). Sobre a vigência da sentença normativa, a Súmula 277 do TST:

Sentença normativa – vigência – repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos (Res. TST n. 10/88, de 22.2.88, DJ 1, 2 e 3.3.88).

José Nascimento Araújo Neto e Cláudio Armando Couce de Menezes discordam do limite temporal imposto às sentenças normativas pela súmula em referência:

As normas e condições coletivas de trabalho consistem naquilo que o legislador constitucional determina como de respeito obrigatório. Ora, para que o preceito constitucional tenha alguma lógica, devem ser tidas como disposições mínimas as preexistentes, pactuadas em convenções e acordos coletivos de trabalho ou estatuídas em sentenças normativas. Só assim o preceito constitucional guardará aplicabilidade e utilidade. Qualquer posição contrária simplesmente desconsidera o aludido preceito constitucional. A Súmula nº 277 do Col. TST, antes defensável, está hoje em manifesto desacordo com a ordem constitucional vigente.¹⁴³

Fato é que o limite *temporal* persiste. A modificação que se fez via Emenda Constitucional n. 45/2004 (parte final do parágrafo 2º do art. 114 da Constituição) foi uma extensão *material* ao conteúdo acordado entre as partes, para que não sejam transpassadas as disposições mínimas delineadas pelo traçado histórico que estas já compuseram em outras oportunidades.

Fragilizada pela temporalidade de sua vigência, a sentença normativa tem como limite a própria Constituição¹⁴⁴, a lei, as convenções e acordos coletivos¹⁴⁵, mas esta

¹⁴³ ARAÚJO NETO, José Nascimento; MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Poder normativo: ressuscitando uma velha polêmica. *Revista Trabalhista: direito e processo*, v. 2, n. 6, p. 25, abr./jun. 2003.

¹⁴⁴ Súmula n. 190 do TST. “*Poder normativo do TST – condições de trabalho – inconstitucionalidade – decisões contrárias ao STF.* Ao julgar ou homologar ação coletiva ou acordo

assertiva não significa que, uma vez sob o crivo destes instrumentos, a *criação* a partir daquele instituto (sentença normativa) seja livre.

A sentença normativa opera na lacuna da lei, na construção de direitos. Não se permite a mudança *in pejus*, por já esbarrar no obstáculo que impede prescrição *contra legem* e, tampouco, onde já há previsão de lei, em obediência ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição), uma vez que a norma secundária não se sobrepõe à norma primária, senão quando esta oferece expressão permissiva a tanto, como é o caso de um texto de lei que estabelece que um adicional deve ser pago *no mínimo*, ou *pelo menos* em um dado percentual. Por exemplo, em havendo indexação do mínimo legal, como os percentuais de horas extras, adicional noturno e adicional de transferência, que devem ser, *no mínimo*, de 50%, 20% e 25%, respectivamente, permite-se a majoração destes por dissídio coletivo¹⁴⁶.

Sérgio Pinto Martins enfatiza, neste prisma, que a licença maternidade não pode ultrapassar 120 dias, pois o art. 7º, XVIII da CF prescreve o intervalo de tempo exato de sua duração, e não dispõe que esta licença deve durar *no mínimo* ou *pelo menos* 120 dias¹⁴⁷.

Agora, uma sobreposição à lei mediante convenção ou acordo coletivo já é possível, e não se discute aí uma superação de lei primária pela secundária, mas a celebração pura e simples de um acordo, o que se permite que por instrumento coletivo, em aproveitamento à situação mencionada, se fixe licença maternidade em prazo superior a 120 dias. Aqui, respeita-se o fator *acordo*; na sentença normativa, o fator *lei*¹⁴⁸.

nela havido, o Tribunal Superior do Trabalho exerce o poder normativo constitucional, não podendo criar ou homologar condições de trabalho que o Supremo Tribunal Federal julgue iterativamente inconstitucionais. (Res. 12/1983, DJ 09.11.1983)”.

¹⁴⁵ Segundo Sérgio Pinto Martins, os precedentes normativos não limitam os dissídios coletivos, senão sugere o enquadramento destes mediante uma afinidade com o caso concreto, como comprovado no item 1 deste trabalho.

¹⁴⁶ Neste sentido: MARTINS, Sérgio Pinto. *Natureza jurídica....*op. cit., p. 52; VIDAL NETO, Pedro, op. cit., p. 157.

¹⁴⁷ MARTINS, Sérgio Pinto, *ibidem*, p. 51.

¹⁴⁸ Utilizando a mesma ilustração que se valeu Sérgio Pinto Martins e direcionando a ela sentido contrário, Wagner Giglio não se atenta para o fato de que os acordos tácitos ou expressos *inter partes* diferem dos limites legais que revestem as sentenças normativas, ao concluir que “nada impede que o empregador conceda licença à gestante, superior a 120 dias. Muito embora essa concessão não obrigue

No âmbito do dissídio coletivo o empregador deve ter a garantia de que a prescrição legal será cumprida, de que uma dada parcela devida por ele não será paga sob valor além previsto, uma vez não aceito o acréscimo por acordo espontâneo, seja na esfera individual ou coletiva.

Referidos limites não retiram da sentença normativa sua condição de fonte formal. Da mesma forma que ocorre com convenções e acordos coletivos, uma vez estipulado o adicional de horas extras em 70% sobre a hora normal, este é o percentual exigível e de direito do empregado.

O STF proferiu vários julgamentos no sentido de que a Justiça do Trabalho não pode criar direito sobre matéria não prevista em lei, dentre os quais o RE 109.894, RJ, Ac. 2ª T., j. 09.09.86, Rel. Min. Carlos Madeira; RE 108.474-SP, Ac. 2ª T, j. 12.08.86, Rel. Min. Carlos Madeira, e RE 197.911-9-PE, Ac. 1ª T, Rel. Min. Octávio Gallotti¹⁴⁹. Veja-se um deles:

Recursos igualmente providos, quanto à cláusula 14ª (antecipação, para junho, da primeira parcela do 13º salário), por exceder seu conteúdo à competência normativa da Justiça do Trabalho, cujas decisões, a despeito de configurarem fonte de direito objetivo, revestem o caráter de regras subsidiárias, somente suscetíveis de operar no vazio legislativo e sujeitas à supremacia da lei formal (art. 114, §2º, da Constituição). (STF, RE-197.911 – PE – Rel. Min. Luiz Galloti, em 24.9.96).

Registre-se, contudo, o posicionamento contrário de Orlando Teixeira da Costa:

Inserido numa realidade social extremamente mutável, o juiz do trabalho, usando do poder normativo, possui tão-só como limite a consciência que ele deve ter da oportunidade, conveniência ou necessidade da instituição da norma. Apenas não poderá dispor *contra o mínimo* legal ou convencional, mas, acima disso, pode conceder tudo o que for considerado justo, no momento¹⁵⁰.

o Instituto de Previdência a qualquer pagamento suplementar de benefício, a norma contratual, como a inserta em decisão normativa, pode constranger o empregador a tolerar a ausência não remunerada da gestante ao trabalho” (GIGLIO, Wagner D. Limites do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, v. 19, n. 1, p. 94, jan./dez. 1994). De fato, nada impede a situação em tela, se a origem for a livre iniciativa do empregador e acordo ou convenção coletiva, o que não se pode estender, contudo, as sentenças normativas.

¹⁴⁹ HANDS, Mauricio. O poder normativo da Justiça do Trabalho e a reforma do direito do trabalho. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 32, n. 62, p. 107, jan./jun. 1999.

¹⁵⁰ COSTA, Orlando Teixeira da, op. cit., p. 15. Seguem a linha de raciocínio deste autor: CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 83; GIGLIO, Wagner D. Limites do poder normativo da justiça do

Nada obstante os limites desta justiça especializada em sua atribuição de criar novas formas e condições de trabalho, que torna esta prerrogativa muito mais contida do que se poderia idealizar ao poder normativo, fato é que a nova redação do parágrafo 2º do art. 114 da Constituição (a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004) reduziu sobremaneira o alcance do instituto em referência. Assim preconizava a antiga redação do mesmo parágrafo: “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho”.

Sobre a questão, discorre Ives Gandra Martins Filho:

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, verifica-se que o *poder normativo* atribuído à Justiça do Trabalho restou *quantitativamente reduzido e qualitativamente alterado*, na medida em que: apenas de comum acordo, o dissídio coletivo poderá ser ajuizado, o que faz das cortes trabalhistas verdadeiras cortes de arbitragem, pois a característica própria da arbitragem é a livre eleição das partes; mas, uma vez eleito o árbitro, o procedimento para a composição do litígio é o judicial e legalmente já estabelecido, devendo sua decisão ser respeitada pelas partes; os únicos dissídios coletivos genuínos serão aqueles propostos pelo Ministério Público, nos casos de greve em serviços essenciais, que comprometam o interesse público¹⁵¹.

Dirceu Buyz Pinto Junior acrescenta que a ausência da efetiva funcionalidade do atual poder normativo trabalhista, a partir da proposta da Emenda Constitucional n. 45, encaminha este instituto clássico da Justiça do Trabalho ao completo desaparecimento¹⁵². Antes mesmo da reforma do art. 114 promovida pela Constituição, o TST há muito praticava um *estrangulamento* para minguar a força deste recurso, a ponto de Ives Gandra Martins Filho afiançar que a Seção de Dissídios

trabalho. Op. cit., p. 94 e MARTINS FILHO, Ives Gandra. Poder normativo: dissídio coletivo. *Revista de Direito Trabalhista*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 11, 1999.

¹⁵¹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. *Direito Público*, Porto Alegre: *Síntese*; Brasília, v. 2, n. 7, p. 47-48, jan./mar.2005.

¹⁵² PINTO JUNIOR, Dirceu Buyz. *O apogeu e o declínio do poder normativo*. Curitiba, 2005. p. 99. Dissertação (Mestre em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Coletivos havia se tornado um “órgão de extinção de processos”¹⁵³. Se já não possuía a modalidade um poder significativo, agora muito menos.

Não se discute, aqui, a eficácia pragmática do dissídio coletivo. Se o poder normativo foi reduzido, é importante ressaltar que, todavia, não foi extinto e que a essência da criação de direitos às partes, por mais limitada e restrita que seja, continua a mesma.

Do explanado, infere-se, o poder normativo é exercido pela Justiça do Trabalho (e pelo TST, em última instância) no julgamento de dissídios coletivos, e não quando versa sobre dissídios individuais; As reiterações no âmbito coletivo demarcam o alcance dos precedentes normativos que, novamente, demonstram ser estranhos ao presente trabalho. Tem-se sob análise, nesta oportunidade, tão-somente os limites da competência normativa e não a dimensão e fronteiras dos precedentes normativos. Aliás, importa saber se as súmulas, principalmente as do TST, compõem o poder normativo trabalhista e se estas são mecanismo deste instituto. A esta assertiva, a resposta é negativa.

O poder normativo do direito do trabalho (por mais limitada que seja sua efetividade) é restrito aos dissídios coletivos, e não atinge as súmulas do TST, que são voltadas às ações singulares. As súmulas não podem inovar na ordem jurídica, por mais restrita que seja esta inovação e por mais curta que possa ser sua permanência no ordenamento jurídico pátrio em relação aos interesses políticos futuros.

Eis que esta abordagem busca comprovar que, por mais limitado que esteja o poder normativo do direito do trabalho, ele persiste, e a imposição heterônoma de normas às partes componentes de dissídios coletivos, ainda que imbricada nas lacunas das leis, aos dissídios coletivos se restringe. Não se pode criar novas formas e condições de trabalho, por mais que se intente trazer determinada realidade aos casos concretos, via súmulas.

A fim de se esgotar a extensão desta assertiva, é importante examinar se as súmulas se constituem fonte *formal* do direito. Resta saber, outrossim, se pode a

¹⁵³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Poder normativo...*, op. cit., p. 10.

Justiça do Trabalho - e em especial o TST - inovar na ordem jurídica, por outro viés que não o poder normativo, pela instrumentalização de suas súmulas vinculantes.

2.3.2 São as súmulas fontes de direito?

É importante delimitar que ao se tratar de fontes do direito, neste tópico, estar-se-á fazendo alusão às fontes *formais* do direito. Mais do que isto, às fontes *formais* estatais, com o intuito de se tomar um posicionamento no que tange às súmulas (em escala *lato sensu*) do TST pertencerem ou não a tal classificação.

A polêmica que reveste o enquadramento da súmula como fonte do direito pode ser estendida ao campo jurisprudencial. Miguel Reale argumenta que “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de *fonte do Direito*, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser ‘de direito’ no caso concreto.”¹⁵⁴.

Em que pese o referido entendimento, a ausência da exigibilidade e da uniformização da jurisprudência¹⁵⁵, diferentemente do que ocorre às súmulas da Corte máxima trabalhista, confere àquelas uma fragilidade quanto a qualificação de fontes do direito¹⁵⁶. Não que se descarte tal correspondência de antemão, mas que a releve a um plano secundário, atrás das súmulas.

Se a discussão a se desenvolver, aqui, tende a fragilizar e neutralizar a atuação de súmulas na condição de fontes do direito, mesmo com sua obrigatoriedade e padronização, com muito mais força assim o faz em face à jurisprudência. Como a equação obedece a lógica de que se súmula não é fonte a jurisprudência tampouco o é,

¹⁵⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 169.

¹⁵⁵ Pedro Vidal Neto, por sua vez, confere o título de fontes do direito à jurisprudência, desde que uniformizada: “conclui-se [...] que a jurisprudência revela-se processo de criação do direito pelos tribunais e que a jurisprudência uniformizada constitui-se em autêntica fonte do direito” (VIDAL NETO, Pedro, op. cit., p. 123).

¹⁵⁶ Lenio Luiz Streck, em contrapartida, argumenta que “a jurisprudência acaba impondo ao legislador uma visão nova dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na direção da orientação construída pelos tribunais. Assim, é indubitoso que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 86).

há que se concentrar este trabalho unicamente nas súmulas, pois estas não são fontes do direito, desde que cumpram a *função-meio* de interpretar.

Embora Manoel Antonio Teixeira Filho mescle deliberadamente criação com interpretação, argumenta que ainda que a súmula registre uma atividade apenas interpretativa, ela é fonte e se, ao contrário, apenas repete texto literal de lei, não:

Não há dúvida de que, quando os Tribunais do Trabalho suplementam a norma legal, ou a ela conferem interpretação, e a jurisprudência, quanto à matéria, se torna uniforme, vindo, mais tarde, a cristalizar-se em Súmula, torna-se inevitável reconhecer-se a esta qualidade de fonte formal do direito, tanto material quanto processual. Se, contrariamente, a Súmula não cria, não inova, jamais se poderá reputá-la como fonte de direito, porquanto se limita, no caso, a repetir a lei, a reproduzi-la – com a qual, aliás, chega a confundir-se pelo conteúdo e, às vezes, pela própria literalidade¹⁵⁷.

Da diferença objetiva – ou da tentativa de se *objetivar* o *subjetivo* - entre *criação* e *interpretação*, cuidará este, mas principalmente os dois próximos itens deste trabalho. Contudo, adiante-se que à extração do significado de um texto, que se convencionou, desde logo, denominar de *interpretação mínima*, inexiste *criação* do direito, característica esta presente nas fontes do direito, sejam estatais, sejam contratuais, por mais limites de espaço e tempo que lhes possam revestir. Do contrário, seria inviável identificar um objeto que não fosse fonte, sabendo-se que a própria denotação já consiste na compreensão de seu âmago.

De argumentar, neste passo, que a interpretação, por si só, não obriga, mesmo que traduza o que o juiz tenha entendido do sentido da lei. Sob um prisma, uma súmula não vinculante não exige que julgadores *a quo* acatem a mesma linha interpretativa. Sob outro prisma, ainda que uma súmula vinculante do tribunal superior obrigue, sim, as decisões futuras das instâncias inferiores, o que se impõe é que se adote um caminho interpretativo determinado, mas, antes disto, um caminho

¹⁵⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Comentários às súmulas processuais..., op. cit., p. 19. Veja-se, contudo, que seguidamente à explanação em evidência, o mesmo autor argumenta que é o efeito vinculante o responsável por instituir ação normativa a um instituto, o que permite questionar se se estaria admitindo, assim, a existência de fontes formais do direito sem qualquer cunho normativo: “Os Prejulgados [...] possuíam, originalmente, função normativa, pois, uma vez estabelecidos, se impunha às instâncias inferiores respeitá-los (CLT, art. 902, §1º). Por outras palavras: não se podia decidir contrariamente a eles – cujo mandamento afrontava, de modo censurável, o convencimento racional do julgador.” (Ibidem, p. 20).

interpretativo qualquer, mas, antes disto, um caminho interpretativo. O ato de *entender que a lei estabelece* um e outro direito e dever, diferencia-se de *estabelecer* tal direito e tal dever.

Dada a complexidade do tema ora abordado, e conhecendo o raciocínio que admite que a exigibilidade de uma lei se dá com fulcro na interpretação conferida a ela, ainda que se afaste o que foi denominado aqui de *interpretação mínima*, é oportuno detalhar o tema.

Faz-se a ilação primeira, outrossim, de que o exercício da hermenêutica é insuficiente para que se considere a súmula fonte de direito. Quando se interpreta, se dá um sentido a um texto normativo preexistente, ou ao menos a uma situação fática preexistente, no caso da súmula que inova na exegese, tornando-a preventiva, em clara referência ao resgate dos prejulgados que se fez outrora. Entrementes, não se cria, modifica ou extingue na ordem jurídica.

Por intermédio de prescrição ou regulamentação de determinações positivas ou negativas, as fontes de direito estabelecem direitos e deveres, seja do Estado para si e aos particulares, seja entre os contratantes. O resultado obtido das fontes, o texto normativo, é o objeto da interpretação.

Interpretar as normas em um ou outro sentido não se afigura como caracterização de fonte do direito. Fonte é o texto que se interpreta, e não o exercício da interpretação.

As súmulas não vinculantes, ainda que fontes fossem (o que se admite neste estudo apenas para uma equiparação hipotética), seriam refutáveis por excelência, diferentemente das normas (primárias ou secundárias), pois, para com estas, não há a simples recusa em deixar de aplicá-las por não serem o melhor entendimento aos olhos do julgador. Com as súmulas, tal conduta é possível.

Agora, uma vez havendo a obrigatoriedade do acatamento da interpretação em um dado sentido, como ocorre com as súmulas de vinculação direta ou indireta, em especial as do TST, resta saber se estaria aí satisfeito o requisito para a qualificação de fonte do direito.

Tércio Sampaio Ferraz Junior concorda parcialmente com o que aqui se expõe, ao entender que súmulas não vinculantes não são fontes do direito, mas *fontes*

interpretativas da lei. Contudo, deflui o autor que uma vez dotadas de obrigatoriedade, elas assumem aquela condição¹⁵⁸.

Diferentemente do que foi acima abordado, pugna-se pela compreensão de que o efeito vinculante, por si só, não autoriza a súmula a portar o *status* de fonte do direito.

Ao focar a finalidade interpretativa dos assentos portugueses, então vinculantes, Jorge Miranda parte de raciocínio semelhante ao ora desenvolvido, qual seja:

É uma eficácia geral sem ser normativa. Executa-se uma ou mais de uma norma, não se decreta uma norma. Não há um limite que surja, novo, há uma questão que se resolve à luz do Direito já existente. Não se pretende, ainda no caso do que fica decidido para o futuro, senão atalhar a um conflito material de interesse remediando um conflito de jurisprudência. Prepara-se a solução mais sã e não é preciso que esteja tão-pouco esboçada a relação jurídica concreta futura¹⁵⁹.

A súmula que interpreta não traz disposição nova. Ela direciona, sim, interpretação a um ou outro sentido e, sob o efeito vinculante, *obriga* que se adote o caminho eleito.

Esta *obrigatoriedade*, por sua vez, não pode ser ignorada, mas tampouco ter seu efeito majorado, o que torna interessante que se limite seu grau de importância. Ao guiar a leitura do texto legal por um veio que o julgador entendeu ser o correto ao dizer que um dado texto legal deve ser tomado de determinada forma, a súmula vinculante traz, em seu bojo, um dos elementos da *força* de lei, a obrigatoriedade, como já visto no item 2.2. Daí o raciocínio inverso para se concluir que a ela falta um elemento para ser equiparada à lei, a *eficácia*, em sua mais ampla extensão, sob o manto da *função* de criar, modificar e extinguir direitos. Esta é a *função* da norma primária, no seu limite infra-constitucional. Esta é a *função* da norma secundária, no seu limite *sub lege*, somado ao espacial e temporal que lhe pode revestir. Ambas são

¹⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 242. Sérgio Pinto Martins segue a mesma linha de raciocínio, ao negar a condição de fonte à súmula não vinculante e ao enquadrá-la como tal em sendo obrigatória (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho...* op. cit., p. 72).

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 204.

fontes do direito e nenhuma é capaz de receber a companhia da súmula vinculante na mesma classificação.

Assim, se o que um texto obriga é o acatamento de uma linha de interpretação qualquer (que se encerra, sim, na própria interpretação), nada foi criado. Não é fonte de direito, mas fonte de interpretação dirigida de uma fonte de direito. A norma (seja de origem estatal ou contratual), não existe. Da *obligatoriedade* da súmula vinculante não se extraem *obrigações*.

Sérgio Sérulo da Cunha abranda a importância da redução do campo da interpretação pela súmula vinculante: “o chamado ‘efeito vinculante’ [...] do ponto de vista hermenêutico, não faz mais do que fazem hoje as súmulas: restringe o universo interpretativo aberto às partes e aos juízes, que ficam reverenciados por aquela interpretação superior e prévia”¹⁶⁰.

Ora, a prática de limitar interpretações não é, em absoluto, estranha ao ordenamento jurídico brasileiro. Por exemplo, o Ministro Nelson Jobim (Presidente do STF) suspendeu por liminar a interpretação do art. 114, I, da CF (já com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004), no sentido de que a competência material da Justiça do Trabalho abrangeria os trabalhadores estatutários e jurídico-administrativos:

Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a [...] apreciação [...] de causas que [...] sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005¹⁶¹.

Ainda que a súmula obrigatória resuma seu texto a não mais que uma interpretação, o mecanismo de restringir interpretações consiste em condicionar os casos vindouros e afastar todos os outros entendimentos cabíveis à matéria. Este procedimento levou António Castanheira Neves a comentar o que segue:

¹⁶⁰ CUNHA, Sérgio Sérulo da, op. cit., p. 134.

¹⁶¹ ADIn 3.395-DF, Rel. Min. Cezar Peluso. Publicada em 4 de fevereiro de 2005. Acrescente-se que não houve interposição de recurso a esta liminar.

O que passa a vincular não é já a lei, mas o sentido que à lei fixa o *assento* e que se substitui àquela – que se substitui aos sentidos possíveis de que concretamente, através da experiência da sua realização histórica, a lei fosse susceptível e que não afinal os seus verdadeiros sentidos jurídicos¹⁶².

Posteriormente este autor faz uso do raciocínio acerca da *exclusão dos sentidos possíveis* para concluir, contrariamente à linha proposta neste estudo, que mesmo o cunho meramente interpretativo não afasta a característica prescritiva do entendimento vinculante:

Na interpretação autêntica, mesmo que o seu conteúdo hermenêutico seja rigorosamente interpretativo e metodologicamente o mais correcto, nunca o seu carácter prescritivo ou obrigatório deixa de implicar uma consequência característica. A fixação obrigatória de um sentido à lei é simultaneamente a exclusão de outros possíveis e que a prática da realização histórico-concreta do direito poderia porventura vir a revelar como os mais adequados e válidos¹⁶³.

Como visto no item 2.2, o texto de lei possui, por seu viés, a prerrogativa de *poder* trazer uma eficácia mínima em seus preceitos, o que o aproximaria (mas não igualaria) a uma transcrição interpretativa, pois a transcrição de lei veda a adoção de sentido contrário. No mesmo diapasão, as normas *infra-legem podem* estipular direitos e deveres, respeitando-se suas fronteiras. A súmula, por outro lado, somente *deve* interpretar e sua eventual inclusão no rol das fontes do direito, apenas por argumento, levaria à curiosa situação de uma *fonte do direito defesa a inovar na ordem jurídica*, um instrumento considerado *fonte*, impossibilitado de portar *conteúdo de fonte*.

E no que se refere à *exclusão dos sentidos possíveis*, para o juiz, a lei tem um só sentido, o correto, que pode ser encontrado a partir da *interpretação mínima*, com a extração direta do significado, pelo exercício da gama de disponibilidades interpretativas, a ponto de causar inclusive a extensão ou redução da compreensão primária ou mesmo dentro de um caleidoscópio de princípios aplicáveis.

O único sentido da lei é o atual, correto e justo para o aplicador. O que se verifica, a partir do efeito vinculante das súmulas, é que este aplicador vai sempre coincidir com o que se situa no tribunal superior. Ele é que vai estagnar a visão sob um

¹⁶² NEVES, A. Castanheira. *O instituto do ‘assentos’...*, op. cit., p. 112.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 334.

ângulo, dos inúmeros possíveis, do sentido atual, correto e justo da lei no corpo das súmulas.

Um outro fator significativo a contribui para o afastamento do instituto das súmulas vinculantes das fontes do direito é que o descumprimento de preceito sumulado, por mais hipotética ou, no máximo, excepcional tal situação, não gera ilegalidade, contrariamente do que ocorre diante da desobediência à lei, convenção coletiva ou ao contrato individual do trabalho, por exemplo¹⁶⁴.

Desta maneira, a súmula TST, ainda que vinculante, não é fonte do direito. Primeiro porque o ato de interpretar (função natural das súmulas) não a remete à condição de fonte de direito. Segundo porque o efeito vinculante que confere o direito do trabalho às suas súmulas é insuficiente para que sejam elas qualificadas como fontes do direito, uma vez obriguem a adoção de determinada interpretação (que nada inova, só interpreta). Terceiro porque a eventual contrariedade à súmula, pelo próprio TST (ainda que na prática se configure em caráter excepcionalíssimo), não gera ilegalidade condenável por órgão superior a este tribunal.

Este terceiro e último motivo aventado é digno de uma atenção especial pela ameaça, por hora, ao menos *potencial* que reveste as súmulas e é neste diapasão que este trabalho tende a incorporar a tese defendida. Da mesma forma que o *não cumprimento* de súmula não implica em ilegalidade sanável pelo STF, permanecendo o TST como o detentor da palavra final – mormente o item 2.2 tenha se ocupado em demonstrar a obediência irrestrita deste mesmo órgão às suas súmulas, cuja inaplicabilidade seria tão inusitada como a que se reserva a uma lei - o *cumprimento* de súmula *eivada de ilegalidade* tampouco implica em caso sanável pelo STF, desde que não macule disposição constitucional a desencadear recurso extraordinário, pois da mesma maneira, o TST permanece com a última palavra. Como já se observou, as súmulas não se sujeitam a ADIn e a do TST, especificamente, sequer pode ser apreciada pelo controle que a Emenda Constitucional n. 45/2004 destinou às súmulas vinculantes (§2º do art. 103-A da Constituição), pela vinculação indireta das súmulas

¹⁶⁴ Raciocínio semelhante é o José Joaquim Gomes Canotilho ao concluir que o referendo português constitui-se fonte do direito, dada a responsabilidade penal e política desencadeada pelo seu não cumprimento (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, op. cit., p. 861).

do TST não estarem formalmente institucionalizadas. Tal controle, aliás, seria insuficiente, como se verá adiante, para a mais grave das ilegalidades, que nem mesmo o recurso extraordinário é capaz de combater: a criação *lato sensu* do direito, a inovação na ordem jurídica.

A preocupação com o *mecanismo* do efeito vinculante sob o panorama do teor do conteúdo que uma súmula pode carregar consigo, que pode rumar da *interpretação* à *criação*, é estampada no texto de Lenio Luiz Streck:

Ninguém ignora que – e isto já ocorre no sistema em vigor – ao editarem uma Súmula, o Supremo Tribunal Federal ou o Supremo Tribunal de Justiça (ou o Tribunal Superior do Trabalho) passam a ter o poder maior que o do Poder Legislativo. Conseqüentemente, com o poder constitucional de vincular o efeito das Súmulas e até mesmo das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, por suas cúpulas, *passará a legislar*, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí a urgência de se indagar acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal¹⁶⁵.

A prática de se utilizar a súmula como receptáculo de prescrições normativas, como um *medium* para alcançar um fim que não o interpretativo foi observada também no direito português, em relação aos seus *assentos*. Não bastou ao *assento* o efeito vinculante para que lhe fosse atribuída a função legislativa e, por conseguinte, declarada sua inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional de Portugal, através de decisão proferida em setembro de 1993 (acórdão n. 810/93), o que culminou com a revogação do art. 2º do Código Civil Português pelo art. 4º/2 do Decreto-Lei n. 329/A-95.

Em sua tese sobre a inconstitucionalidade dos assentos, António Castanheira Neves – responsável por levantar a problemática do assento poder adquirir característica legiferante – não se limita a delinear uma correspondência direta entre o efeito vinculante e uma suposta ação legislativa, como um fator sendo consequência do outro, do gênero: *seria uma ação legislativa por vincular obrigatoriamente*. O autor em destaque traz a lume o requinte político da intenção de vincular o assento, ao aduzir que se *mascarava* uma pretensão de:

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 267. No mesmo sentido, CUNHA, Sérgio Sérulo da, op. cit., p. 126.

[...] pré-determinar decisivamente as decisões judiciais, ou, em geral, as soluções jurídicas concretas, de um modo mais rígido e eficaz do que teria sido possível à lei – a qual não impede [...] a procura do direito através dela ou para além dela. De contrário, na verdade, não teria sentido a instituição dos *assentos* – se não se pensasse conseguir com eles o que a lei só por si não conseguira¹⁶⁶.

Para António Castanheira Neves, importa verificar se o interesse do legislador ao instituir o assento vinculante foi o de implementar uma segurança jurídica na seara interpretativa ou trazer uma nova ordem *jurídico-normativa* pela mesma vertente, não necessariamente uma ordem *objetiva*, mas ao menos *potencial*, como um terreno fértil em que se possa concretizar a hipótese¹⁶⁷. Uma vez constatado, para este autor, que a razão da criação dos assentos é produzir normas, a simples existência do efeito vinculante é suficiente para comprometer todo o instituto. Assim, seria inconstitucional apenas por ser vinculante, pois seu conteúdo compreenderia a *possibilidade* de se estabelecer regras gerais e abstratas¹⁶⁸, já que os assentos trabalhariam com a prevenção de um dado estabelecimento aplicado a todo caso concreto a ele adequável¹⁶⁹. O *objetivo* acarretaria uma finalidade institucional jurídico-normativa e o *objeto*, uma prescrição normativa de conteúdo geral-abstrato¹⁷⁰.

Entretanto, no âmbito do direito nacional e especificamente no direito do trabalho, tem-se que o fato da súmula prever uma interpretação (na falta de decisões reiteradas, como visto), gerando uma aplicação futura e vinculando, ainda que indiretamente, os tribunais inferiores, não implica em que ela escape, necessariamente, da seara interpretativa.

O efeito vinculante, por si só, é insuficiente para se considerar o instituto uma ameaça direta à Constituição. Imaginar a intenção do legislador em um ou outro sentido, ao trazer a vinculação direta às súmulas do STF e indiretas às súmulas do TST

¹⁶⁶ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos 'assentos' ...*, op. cit., p. 114.

¹⁶⁷ Ibidem, p. 33-34.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 69.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 91.

(art. 896 da CLT), ou mesmo do Poder Judiciário trabalhista na auto-vinculação indireta de suas súmulas por meio das próprias súmulas (súmula 333), ou, por um procedimento padronizado deste próprio tribunal no sentido de obedecê-las, é dar voz à especulação.

Por todo exposto e retomando uma concepção *pragmática* em detrimento de uma *idealística* para a qual se poderia rumar, o que se deve ter em voga é que obrigue, ou não, a súmula que cumpre suas funções serve apenas de norte ao julgador, no sentido de fundamentar e interpretar o caso concreto de determinada maneira, pelo que, permanecendo a súmula no campo da interpretação, ao qual efetivamente pertence, ela não invade a redoma das fontes do direito.

Somando-se, agora, à assertiva a preocupação objetiva com a engrenagem do efeito vinculante, acrescenta-se que a obrigatoriedade da súmula, por si só, é insuficiente para corromper a Constituição, mas suficiente para criar um mecanismo cujo procedimento é capaz de feri-la brutalmente. Basta, para tanto, que as súmulas, ao invés de interpretarem, portem a *anomalia* da inovação na ordem jurídica.

Súmulas que combinam o efeito vinculante com prescrições normativas alcançam, sim, a condição de fonte por excelência, pois não *interpretam*, mas *criam*. Tais fontes não se limitam ao alcance das fontes *secundárias*, mas das *primárias*, por negá-las, completá-las ou simplesmente inovar em um mesmo grau de isonomia.

Vale ressaltar que o presente item 2.3.2 não deixa de interessar aos supramencionados adeptos das súmulas como fontes do direito, pois, por mais paradoxal que pareça esta assertiva, ambas as visões (a acima e a que ora se expõe) levam a um só fim.

Mesmo que se considerasse súmulas como fontes do direito pela simples existência deste instituto, ou, estas fossem enquadradas nesta categoria pela presença do efeito vinculante, não seria possível admitir que a súmula poderia criar norma primária ou secundária a partir de suas disposições, pelo que o reconhecimento de súmulas como efetivas fontes do direito, como fontes precárias do direito ou como não sendo fontes do direito conduz a um único caminho: que súmula *interpreta*, não *cria*, senão pela esteira que a própria *interpretação* lhe permite evoluir.

Conclui-se desta seção que o importante não é a classificação, em si, da súmula ser ou não fonte do direito, mas traçar uma linha de desenvolvimento que permita a ela desgarrar-se de uma *função* (interpretar) e chegar a outra (criar). Se o raciocínio lançado até agora optasse pela conclusão de que súmula é, sim, fonte (pela natureza, pelo efeito vinculante, não importa), encontrar-se-ia o argumento de que tal fonte pode assumir uma forma diversa da qual comportou a súmula originariamente, afinal as fontes do direito obedecem a disposições hierárquicas.

O estudo em apreço rumou para a compreensão de que súmula não é fonte, mas que pode passar a ser mediante uma manobra ilegítima, da mesma forma que quem a compreende como fonte do direito aduz que de uma espécie de fonte, passaria a outra (de secundária a primária, por exemplo).

Da linha que separa a *interpretação* da *criação* cuidam os dois próximos itens (2.4 e 2.5).

2.4 A INTERPRETAÇÃO DAS SÚMULAS E A CRISE DA HERMENÊUTICA

O item 2.3 ocupou-se com a identificação da súmula como um invólucro capaz de portar tanto uma atividade interpretativa, seu escopo ordinário e legítimo, quanto criativa, ao inovar na ordem jurídica, o que lhe é anômalo e ilegítimo.

Neste item 2.4 e no subsequente, busca-se ressaltar que *interpretar* distingue-se de *criar*, embora se admita de antemão o quão tênue pode ser a linha a separar ambos os atos.

A interpretação constitui-se no instrumento metodológico de um instituto que lhe é maior, que a fundamenta e explica-a, sob um ou outro vértice, no limiar das respostas satisfatórias às correntes que o estudam. Este instituto é a hermenêutica.

De bom uso o conceito de Carlos Maximiliano à *hermenêutica* e sua inter-relação com a *interpretação*:

A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito [...] o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito* [...] ressalta o erro dos que pretendem substituir

uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar¹⁷¹.

Migra-se, assim, à hermenêutica, que se situa em transição e encontra respostas conflitantes ao elemento da interpretação, esta a lhe fornecer a praticidade, o *modus* de trabalho que insere aquela no universo jurídico. Para se tratar da interpretação faz-se necessário observar a hermenêutica. Mais do que isso, a crise pela qual esta passa ameaça, inclusive, o que se pode compreender do processo interpretativo.

Antes de se observar quando a súmula cria, ao invés de interpretar, deve-se delimitar o que é *criação* e o que é *interpretação*.

2.4.1 A Hermenêutica Vigente

Explique-se, em sede preliminar, que o *poder normativo da Justiça do Trabalho* que, como se viu, é a prerrogativa de normatizar na lacuna da lei e cuja incidência é defesa às súmulas, não se confunde com a *produção normativa do juiz*, que implica, *a priori*, na reprodução da vontade do juiz a partir do exercício da interpretação – uma vez não se reconhecendo o magistrado como o próprio criador da norma desde o conteúdo que extrai do texto de lei, como se verá no item 2.4.2.

A mescla de conceitos (*poder normativo* e *produção normativa do juiz*) persiste, entretanto, na doutrina. Pedro Vidal Neto entende, por exemplo, que na Justiça do Trabalho:

[...] a atividade normativa não se restringe aos conflitos coletivos de natureza econômica, mas se manifesta igualmente nos conflitos jurídicos, quer individuais, quer coletivos”. Acrescenta especificamente que “...mesmo a composição de dissídios individuais mediante sentença implica desenvolvimento de atividade normativa¹⁷².

¹⁷¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1. A compreensão da hermenêutica como a teoria a estudar a utilidade e finalidade da interpretação também é referida por COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 181 e RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988. p. 17).

¹⁷² VIDAL NETO, Pedro, op. cit., p. 97.

A *produção normativa do juiz*, ao menos por hora e dentro de uma concepção tradicional da hermenêutica, tem sentido amplo – trata-se da criação do juiz a partir da interpretação. Pela natureza interpretativa, a súmula reflete a reflexão do direito, da mesma forma que o magistrado assim o faz sobre um caso concreto e estampa em sua sentença. Nada impede que se faça referência, assim, à *produção normativa em súmula*, ou *sumulada*, mormente ela exprima em seu corpo a própria interpretação a uma lei, por exemplo.

Notadamente, o termo *criação*, aqui, assume um sentido merecedor de um melhor exame, pois à assertiva de que a súmula interpreta e não cria, segue-se o questionamento: qual interpretação não reflete uma atividade criativa?

Para dar ensejo a uma resposta, toma-se a liberdade de separar a interpretação em três níveis, frisando-se, primazmente, que a divisão que se faz neste trabalho não é hierárquica nem tem a ânsia de se firmar como uma classificação, mas trata-se de uma opção meramente didática do ponto de vista funcional, a fim de facilitar a compreensão do que se pretende expor.

O primeiro nível consiste na compreensão do texto, ora delineado de modo discricionário, porém despretensioso, de *interpretação mínima*. O segundo, na aplicação da *interpretação tradicional*. O terceiro, no implemento dos princípios gerais do direito (e específicos do direito do trabalho), identificado nesta análise como *interpretação axiológica*. Neste panorama, o primeiro nível remete à absorção do sentido, enquanto o segundo e o terceiro tratam da execução de sentidos pré-concebidos que se debruçam sobre o texto em análise, de forma a adequar a norma a uma dada realidade.

A *interpretação mínima* é a compreensão não apenas sob a esfera universal, porque inexiste apreensão de significado que não a utilize, mas também seu estado mais simples, com base na dicção de um sentido ao objeto – conquanto se permita, à luz da hermenêutica tradicional, separar o observador do que é observado.

Para Luiz Fernando Coelho:

Interpretar é compreender; as leis são parte do universo cultural e a cultura não se explica, se compreende em função do sentido que os objetos culturais encerram; e compreender é justamente conhecer o sentido; não é descobrir as causas – a causalidade pertence ao mundo

da natureza -, mas entender os fenômenos em razão dos fins para os quais foram produzidos. Isso só é possível no mundo da cultura, ao qual pertence o direito¹⁷³.

Não se pode admitir que *compreender* seja *criar*, a não ser que por *criação* se tome o que se *entende* de um texto, e aqui comprometer-se-ia todo o conceito que se fez de *criação* até agora, quanto mais ao se recordar as explanações sobre normas primárias e secundárias na manipulação da ordem jurídica. Assim, como *compreender* é uma forma de *interpretar*, responde-se parcialmente a questão acima formulada, à razão de que, sob sua incidência *mínima*, a interpretação não cria.

A interpretação mínima é ponto de convergência no exercício da hermenêutica, em qualquer nível, em qualquer hipótese; ela é utilizada para a aplicação da *interpretação tradicional*, da *axiológica*, e, inclusive, da *hermenêutica jurídica crítica*.

Adiante-se que esta última linha da hermenêutica - que engloba várias vertentes de uma grande corrente que se autodenomina emancipatória: gadameriana / heideggeriana / filosófica - aprimorou o conceito da *interpretação mínima*, a ponto de individualizá-la de tal maneira a tornar incomunicável uma *interpretação* com outra. Impede-se, assim, que um observador extraia um conceito de um dado objeto e o analise extrinsecamente à sua pessoa, sendo que qualquer outro indivíduo não encontraria igual significado, senão outro que lhe é peculiar. Desta maneira, esta linha hermenêutica resgata a *criação* a partir da *compreensão*, contrariamente ao exposto neste trabalho. Por incomunicável, a *interpretação mínima* não mais extrai o sentido de algo, dada a mescla entre observador e objeto observado. O aprimoramento da interpretação mínima traria não a sua extinção, mas a própria inexigibilidade do que se entende por *interpretação*, como se verá no item 2.4.2.

Nada obstante e por hora, registre-se que a interpretação mínima resume-se a um denominador comum a qualquer atividade interpretativa. Mesmo o ato criativo, aliás, utiliza seu procedimento.

Ora, extrai-se o significado da norma para se fazer sua compreensão. Compreende-se, aplica-se uma interpretação complementar em busca da congruência do texto de lei face a um caso concreto. Para se extrair o sentido da lei já interpretada,

¹⁷³ COELHO, Luiz Fernando, op. cit., p. 187-188.

incorporada em uma súmula, por exemplo, faz-se outra interpretação mínima. Se ao contrário não se está interpretando, mas criando o direito, o processo é o mesmo: extrai-se o significado do texto criativo para se fazer sua compreensão e assim por diante.

Assim, a *interpretação mínima* pode ser simplificada a fim de facilitar as operações que se pretende desenvolver, pelo que lhe é reconhecida a existência, mas afastada sua incidência.

Por esta razão, reserva-se o ato de *compreender* à concepção primária da interpretação (em sua forma *mínima*) e utiliza-se o termo *interpretar* notadamente ao segundo e terceiro níveis supraditos¹⁷⁴.

À interpretação de segundo nível será utilizada a denominação *tradicional*. Não haveria óbice, entretanto, em identificá-la pelo termo *clássica*, em homenagem à classificação mencionada por Hans-Georg Gadamer, ainda que, quando se refira a esta categoria, este rótulo lhe caia de maneira depreciativa, por marcar historicamente um paradigma sócio-cultural ultrapassado. De fato, por *clássico* faz-se o resgate, por referência, de algo estancado no tempo:

O conceito da antigüidade clássica e do clássico, tal qual vem dominando – sobretudo o pensamento pedagógico – desde os tempos do classicismo alemão, reunia um aspecto normativo e um aspecto histórico. Uma determinada fase evolutiva do devir histórico da humanidade havia produzido uma conformação do humano, ao mesmo tempo madura e completa [...] Como essa forma do espírito é uma forma passada, somente pode ser exemplar num sentido limitado¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Entendimento divergente ao da segmentação que ora se faz entre *compreender* e *interpretar* é o de Mario Teodoro Ramírez: “Erróneamente se entiende a veces por ‘interpretar’ la manera como alguien ‘desarrolla’ según sus propios intereses y propósitos un cierto contenido teórico (las ideas de un autor, los elementos de una disciplina o de un tema) que previamente ha captado y comprendido. Se asume aquí que interpretar es un acto suplementario – posterior – al de comprender. En fin, se cree que es posible distinguir y separar en dos momentos sucesivos el acto de aprehensión de significado de un texto (la ‘comprensión’) y el acto de su ‘interpretación’ (el desarrollo propio, como se dice). Curiosamente, esta manera de entender las cosas combina dos suposiciones contradictorias: una concepción objetivista del contenido – el sentido es algo que existe ‘en sí’ mismo e independientemente del acto de interpretar – y una concepción subjetivista de este acto – interpretar (sic) consiste en el libre ejercicio de la subjetividad del intérprete, en la manera como él desarrolla ‘a su gusto’ el sentido de lo que lee” (RAMÍREZ, Mario Teodoro. *El tiempo de la tradición*. Relaciones, El Colegio de Michoacán, Zamora, v. 21, n. 81, p. 176, 2000).

¹⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 429.

O vocábulo *tradicional*, por sua vez, remete a uma categoria de alicerce forte, perene no tempo, e é este o cunho que se pretende produzir a esta forma de interpretação. Ainda que a corrente da hermenêutica, a qual pertence o autor acima, procure apontar-lhe a superação, ela permanece vigente.

Pela notoriedade das modalidades da interpretação tradicional, variando em um ou outro elemento, escolheu-se elencar, pela abrangência, a de Sérgio Pinto Martins: *Gramatical ou literal, lógica, teleológica, sistemática, extensiva, restritiva, histórica, autêntica e sociológica*¹⁷⁶. Admite-se o acréscimo da *evolutiva*, como uma variação da *extensiva*.

Diferentemente da interpretação mínima, a interpretação tradicional não só extrai o sentido do objeto, como move a engrenagem da semântica a fim de transportá-la para a compreensão que se encontra em um outro patamar, em outra realidade, diferente da qual se localiza o objeto. A simples extração do significado mostra-se, neste caso, insatisfatória para que se compreenda, em um dado momento histórico, o significado e a aplicação da norma. Admite-se a interpretação para que se extraia não só o significado, mas o significado exequível.

O terceiro nível de interpretação é o *axiológico*, e sob uma perspectiva da escola hermenêutica tradicional, aquele cumpre uma função subsidiária defronte desta. Humberto Ávila contribui para a adoção desta linha de raciocínio, do seguinte modo:

Os princípios possuem [...] pretensão de complementaridade, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. Os princípios são, pois, normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade. As regras possuem, em vez disso, pretensão terminativa, na medida em que, sobre pretenderem abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a pretensão de gerar uma solução específica para a questão. O preenchimento das condições de aplicabilidade é a própria razão de aplicação das regras. As regras são, pois, normas preliminarmente decisivas e abarcantes¹⁷⁷.

¹⁷⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 81-82.

¹⁷⁷ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

Lenio Luiz Streck situa ao menos os princípios gerais do direito em um plano secundário, ao reconhecer a incidência destes tão-somente quando analisados à luz da completude do ordenamento jurídico:

Os princípios gerais do Direito adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade. No mínimo, os princípios gerais, em seus mais variados conteúdos, podem servir – e têm servido cotidianamente – como um *topos* hermenêutico¹⁷⁸.

Aceita-se, porém, que os princípios podem direcionar o sentido válido e justo da norma, sob a perspectiva do exegeta, adequando as normas às necessidades sociais de acordo com os preceitos constitucionais.

Aliás, da relação entre princípio e Constituição depreende-se o princípio conforme a Constituição que, para Lenio Luiz Streck, está firmado como um axioma tendente a abalar a classificação das interpretações desenvolvida neste estudo:

Alçado à categoria de princípio, a interpretação conforme à Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e os tribunais não podem (so)negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição [...] Para que se imprima a força normativa à Constituição – entendida em sua totalidade político-principiológica -, torna-se relevante a observação do basilar princípio da proporcionalidade¹⁷⁹.

Uma visão diversa e que coaduna com o raciocínio até aqui proposto é a de António Castanheira Neves, para quem o cânone da interpretação conforme a constituição, embora situado entre o nível jurídico-constitucional e o nível jurídico-legislativo ordinário¹⁸⁰, não deixa de ser interpretação, mesmo porque imanente é a Constituição e não a interpretação que se faz dela:

[...] esse cânone hermenêutico só pode operar dentro das possibilidades que lhe abram os critérios interpretativos e metodológicos próprios do nível que imediatamente esteja em causa (em princípio o da legalidade ordinária). Vem apenas acrescentar mais um elemento de

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 94.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 231-232. Destaques no original.

¹⁸⁰ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit, p. 294.

interpretação aos outros elementos tradicionalmente específicos nesse nível, mas sem eliminar ou sequer minimizar o valor próprio e autônomo desses outros elementos, sobretudo os objectivo-literais e teleológicos.¹⁸¹

A verdade é que a opção pela hermenêutica crítica, supostamente emancipatória, efetivamente eleva os princípios à condição de se equiparar à fonte primária do direito e inclusive de suplantá-la em grau hierárquico, mesmo porque eles se constituem na própria instrumentalização (incompleta) desta corrente, como se verá no item 2.4.2.

Especificamente no que tange à seara trabalhista, os princípios todavia atuam como fontes subsidiárias do direito e, emprestando a classificação de Alfredo Ruprecht, Arnaldo Süssekind os reveste de função informadora, fundamentando as razões de partes e julgador, função informativa, operando sobre lacunas e omissões da lei e função interpretativa, a qual efetivamente se aduna ao tema em referência¹⁸². Além destas funções some-se a que ora se denomina de construtiva ou basilar, no sentido das normas, via de regra, portarem disposições sob a bandeira do princípio da proteção ao trabalhador.

Ainda assim os princípios do direito do trabalho possuem uma função de relevo, pois mesmo que refutáveis pelo juiz, em obediência objetiva à uma lei, são valorosos no sentido inverso, qual seja, a possibilidade do mesmo juiz conceder direitos com fulcro nos ditames axiológicos trabalhistas. Em nome do *princípio da proteção*, por exemplo, direitos são reconhecidos em benefício do empregado, valora-se uma prova em detrimento de outra e relegam-se documentos formais para a exaltação do *real*.

Um princípio trabalhista pode, sim, revelar-se verdadeira regra para o julgador em um caso concreto, mas, para outro magistrado, não, e como é isento de exigibilidade, é aí que reside sua precariedade como fonte do direito e sua importância ainda subsidiária.

Tomando em conta o abandono consciente da interpretação mínima e o destaque que se concebeu à interpretação tradicional e à axiológica, soma-se à hermenêutica

¹⁸¹ Ibidem, p. 295.

¹⁸² SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 1, p. 142.

vigente a inter-relação destes dois últimos métodos. De fato, a interpretação tradicional, notadamente aplicada sobre regras, deve ser aplicada à luz da interpretação axiológica. Neste ponto, embora Robert Alexy conceda uma supervalorização aos princípios, ele não exclui a análise histórica, sistemática, teleológica e outras que a metodologia tradicional possa oferecer¹⁸³.

Ao tratar do direito constitucional aduz José Joaquim Gomes Canotilho que este “[...] é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.”¹⁸⁴.

Sobre esta miscigenação de regras e princípios¹⁸⁵, é comum, no entanto, que sob uma ótica voltada à hermenêutica crítica, se conceba ambos como regras, em prejuízo à concepção subsidiária destes últimos, conforme se desenvolve neste trabalho – e novamente se observa o movimento emancipatório de uma nova hermenêutica - como se extrai da compreensão de Sérgio Cabral dos Reis:

[...] já se encontra superada, na melhor doutrina constitucional, a distinção que outrora se fazia entre normas e princípios. Hodiernamente, a expressão norma jurídica é o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. Estes, aliás, sobretudo os que estão inseridos no bojo da Constituição, pelo grau de generalidade, gozam de maior prestígio, ou seja, devem ser o ponto de partida do intérprete. Daí falar-se em hegemonia normativa dos princípios jurídicos¹⁸⁶.

Ao revés da construção doutrinal em apreço, merece destaque a observação de que, além de se situarem em um grau de exigibilidade notadamente inferior ao das normas, ainda que se conheça o esforço da hermenêutica que se auto-refere emancipatória de reverter tal panorama, como se verá no item 2.4.2, os princípios podem se sujeitar, inclusive, à complementação dos instrumentos da interpretação tradicional para que sejam aplicados.

Ao se analisar normas – atividade esta que se aproxima do objetivo deste trabalho, uma vez que a função legislativa de um novo texto (seja criando,

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 226.

¹⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, op. cit., p. 1145.

¹⁸⁵ Humberto Ávila destaca, em paralelo, a incidência dos postulados normativos (ÁVILA, Humberto, op. cit., p. 87-88).

¹⁸⁶ REIS, Sérgio Cabral dos. O enunciado n. 363 do TST e a necessidade urgente de seu cancelamento. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 135, p. 407, mar. 2004.

modificando ou extinguindo direitos) confronta a dicotomia da existência/inexistência de prescrição anterior, por mais contida que seja sua eficácia - sob a luz dos princípios, é comum que a interpretação tradicional apareça como fio condutor do mecanismo daqueles. Mais do que isto, mesmo que se permaneça na seara *eminentemente* axiológica, tal método é passível de dependência do tradicional. Exemplo é a aplicação do *princípio da norma mais favorável*: no confronto de duas ou mais normas aplicáveis à relação empregatícia, vê-se, na análise do conjunto da matéria, sob o amparo da teoria do conglobamento (em detrimento da teoria da acumulação, que primaria por pontuar e simplesmente extrair os tópicos que mais beneficiassem o empregado, de uma norma ou outra) a que mais favoreça o trabalhador. Assim, com a compreensão de cada grupo institucional normativo trabalhista (insalubridade, horas extras etc.), eleger-se, no conjunto da matéria, a menos gravosa ao obreiro. Ocorre que, para a compreensão de qual texto deve ser aplicado, indispensável é o uso da interpretação sistemática.

A opção que ora se faz por primar a interpretação tradicional acima da axiológica não se resume a uma visão positivista, mas *sobre o positivismo*, que não pode ser negado e gera conseqüências, mas isto não significa, entretanto, que se reserva a esta linha do método jurídico igual destino que este estudo encaminhou à interpretação em sua forma primária, resumida ao que se compreende de um texto. O exame a ser desenvolvido sobre a interpretação tradicional, sobretudo no item 2.5, far-se-á sob a redoma da axiológica.

Seja na forma tradicional, seja na aplicação dos princípios, ambos constituem *interpretação*, este instituto em constante movimento, como bem aduz Fernando Martins de Carvalho:

É evidente que a acção da doutrina e da jurisprudência se vai alargando à medida que vai crescendo a distância da data da publicação dos códigos. A sucessão das diversas formas, cada vez mais amplas, da escola da exegese, seguidas da chamada escola científica, é fenómeno de ordem geral, que não se manifestou somente após a publicação do Código civil francês, mas se tem dado depois de todas as grandes codificações¹⁸⁷.

¹⁸⁷ CARVALHO, Fernando Martins de. Ano Findo. Algumas tendências dos nossos tribunais: - os chamados 'assentos' do Supremo (continuação). *O Direito: revista de jurisprudência*, Lisboa, v. 68, n. 2, p. 37, 1936.

Enquanto a interpretação tradicional amplia sua atuação de forma a se aproximar de uma função *criativa* (identidade que se buscará apartar e demonstrar que tais atividades, quais sejam, interpretação e criação, pertencem a universos incomunicáveis), os axiomas também passam por extensões e variações de conceitos que visitam a normatização de princípios, sociedades pluralistas, novas minorias, jurisdição constitucional democrática e outras esferas.

Interessante é quando a suposta evolução dos princípios, pelo que se compreende deles e se aplica a eles, passa de uma inter-comunicabilidade para uma eventual incompatibilidade para com a interpretação tradicional, a ponto de se indagar se este modelo (e suas vertentes, como a gramatical, histórica e teleológica, por exemplo) estaria superado. Na realidade, ambos os métodos ora simplesmente coexistem, ora se completam ou ora se anulam, conforme o ângulo da hermenêutica que se adota.

É conveniente apontar que, atualmente, a opção pela interpretação axiológica e sua identidade com a hermenêutica crítica - que culmina por desgarrar e inclusive negar os próprios axiomas que interagem com as operações da semântica tradicional, pelo entendimento de que estes estariam atrelados a um paradigma superado - coloca em risco o próprio conceito de *interpretação*.

2.4.2 Uma Nova Hermenêutica?

A manutenção da interpretação tradicional como um dos modelos da hermenêutica (ainda) vigente não se constitui na opção mais recente dos estudos vinculados a esta matéria, em especial quanto ao que ora se aponta como *hermenêutica crítica*, em sentido *lato* – cuja denominação se assenta como uma opção meramente didática, para que não se faça referência a uma corrente gadameriana / heideggeriana / habermasiana, sendo esta última a efetivamente *crítica*, em sentido estrito.

A hermenêutica crítica se auto-proclama verdadeira quebra de paradigma e intenta questionar a validade e eficácia dos valores até agora analisados, em particular no que se refere à exegese lógico-formal supramencionada (a qual, afirme-se desde logo, não será abandonada), condenada por se constituir em suposto ultrapassado caminho metodológico.

Embora este trabalho progrida, neste item 2.4 e no 2.5, sob uma linha interpretativa que é alvo de uma corrente *emancipatória*, há de se produzir uma *crítica da hermenêutica crítica* sob os olhos da própria *tradição*¹⁸⁸, a fim de justificar que a proposta que se faz não pode ser enquadrada como defensora de um paradigma superado, contrariamente à pretensão de Martin Heidegger:

Caso a questão do ser deva adquirir a transparência de sua própria história, é necessário, então, que se abale a rigidez e o endurecimento de uma tradição petrificada e se removam os entulhos acumulados. Entendemos essa tarefa como *destruição* do acervo da antiga ontologia, legado pela tradição. Deve-se efetuar essa destruição seguindo-se o *fio condutor da questão do ser* até se chegar às experiências originárias em que foram obtidas as primeiras determinações do ser que, desde então, tornaram-se decisivas¹⁸⁹.

No mesmo diapasão do autor em tela, argumenta Hans-Georg Gadamer que o que denomina de *velha tradição da hermenêutica* “[...] se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência.”¹⁹⁰.

Mario Teodoro Ramírez, aliás, delineia um bom panorama do que identifica por *filosofia hermenética*¹⁹¹:

La filosofía hermenética ataca de modo radical la suposición incuestionada del pensamiento moderno, y en cierta medida, de toda la tradición intelectual occidental, de que un conocimiento verdadero, un saber objetivo (esto es, una ciencia) puede y debe fundamentar las decisiones relativas a las necesidades del ser humano y la orientación general de sus acciones y conductas. En otras palabras, la hermenéutica impugna la suposición, aparentemente

¹⁸⁸ “[...] lo que sucede en realidad es que de la hermenéutica se destila otro concepto de ‘crítica’, y que, [...] más que una relación entre ésta y el pensamiento crítico, lo que hay es una relación de condicionamiento; es decir, que el pensamiento crítico es en verdad uno de los modos de la tradición. No puede haber crítica total de la tradición porque no hay formación del pensamiento crítico sin tradición. (RAMÍREZ, Mario Teodoro, op. cit., p. 182).

¹⁸⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Pt. I, p. 51.

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 459.

¹⁹¹ Quanto à acepção do termo, para Celso Luiz Ludwig, no mesmo sentido, a corrente que se observa é mais que hermenêutica filosófica, senão uma própria filosofia da hermenêutica (LUDWIG, Celso Luiz. Aula ministrada no curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: segundo semestre de 2003).

correcta, de que alguien que posee un conocimiento sobre algo (sobre cualquier aspecto o sector de la realidad o de la acción) tiene un punto de vista privilegiado y um derecho especial sobre quienes no poseen este conocimiento¹⁹².

Para a hermenêutica crítica, esta e a hermenêutica por ela agredida seriam simplesmente incomunicáveis. A nova concepção da filosofia hermenêutica propõe uma verdadeira ruptura com a tradição, cuja base estaria estilhaçada. Desta maneira, a execução de uma interpretação extensiva, restritiva e outras sobre um texto de lei faz-se-ia desautorizada, pois a própria concepção do que se tem por *texto a ser interpretado* perderia seu sentido para a hermenêutica jurídica crítica:

[...] quando o juiz profere um julgamento considerado como ‘em contrariedade à lei’, na realidade está proferindo um julgamento contra-aquilo-que-a-doutrina-e-a-jurisprudência estabeleceram como o arbitrário juridicamente prevalecente do sentido daquele texto normativo [...] mediante o inexorável processo de produção-construção-adjudicação de sentido, que ocorre pelo processo de simbolização (pela pa-lavra)¹⁹³.

De fato, esta visão da hermenêutica remete à assertiva de que mesmo a compreensão do texto (que se identificou por interpretação mínima), não se faz de forma absoluta, pela impossibilidade de se separar, para esta corrente, o objeto do observador¹⁹⁴.

Assim, levar-se-ia em conta o momento histórico da compreensão do significado, com respaldo na individualização de cada intérprete. Este momento histórico é a soma de convicções, ideologias e pré-concepções de vida (e de pré-vida a partir do ambiente no qual se enquadra o intérprete) encarregados de influenciar a compreensão do observador, que deixa de ser observador¹⁹⁵. Há a mescla entre significante e significado, entre interpretação e intérprete, o que remete Hans-Georg

¹⁹² RAMÍREZ, Mario Teodoro, op. cit., p. 166.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op. cit., p. 221.

¹⁹⁴ “É preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, são plurívocas. O ‘elo’ (imanência) que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia. Isto porque [...] alterou-se radicalmente a noção de conhecimento na relação entre pessoas (sujeitos) e objetos, percebendo-se agora na relação entre pessoas (autores sociais) e proposições.” (STRECK, Ibidem, p. 80).

¹⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 709.

Gadamer a argumentar que “não existe falar que não envolva simultaneamente o que fala e o seu interlocutor”¹⁹⁶.

Não haveria, por conseguinte, espaço para *o ato de interpretar*. Ao passo em que compreender seria interpretar¹⁹⁷, *tudo* é interpretação e, por outro viés, *nada* (que a escola tradicional pode oferecer) é interpretação. Não se reconheceria mais a interpretação (tradicional) como um instrumento capaz de conceder ou subtrair direitos, uma vez retirada sua legitimidade.

É neste passo que a filosofia da hermenêutica se desgarra da praticidade, deparando-se com um problema procedimental, uma vez que a ausência da interpretação deixa um espaço vago. Se nada pode ser interpretado, pois seu próprio exercício estaria comprometido, como interpretar (se é que esta palavra ainda poderia ser usada)? Como contextualizar a norma à realidade?

A *operacionalidade* é um problema do qual sofre a hermenêutica crítica. A solução parcial por ela encontrada para o processo de integração da norma envolve o uso e a valorização dos princípios.

A primeira dificuldade quanto à exaltação dos princípios inicia com o ato de identificá-los, pois a ânsia da separação de paradigmas criou divergência quanto à classificação dos próprios axiomas, pela correspondência deles com a linha tradicional.

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade nega a possibilidade de se ainda considerar como princípios os princípios do direito do trabalho fundamentados na *teoria geral tradicional* e, valendo-se dos ensinamentos da *teoria crítica* (precisamente pela *teoria da ação comunicativa*), traz uma classificação ousada que denomina de *novos princípios do direito do trabalho*:

Partindo da idéia segundo a qual é possível a convivência entre os cidadãos que professam distintas morais, sempre que seja possível compartilhar uns mínimos axiológicos e normativos que permitam a convivência dos máximos éticos, quais seriam esses novos princípios do Direito do Trabalho, sobretudo considerando-os como algo fundante desse Direito? Seriam os seguintes: a) o Princípio da prevalência das Relações Sindicais sobre as Relações individuais;

¹⁹⁶ Ibidem, p. 579.

¹⁹⁷ “A unidade interna de compreensão e interpretação se confirma precisamente no fato de que a interpretação, que desenvolve as implicações de sentido de um texto e as torna expressas linguisticamente, face ao texto dado, parece uma criação nova, mas não afirma uma existência própria ao lado da compreensão.” (Ibidem, p. 685).

b) o Princípio da Democratização da Economia e do Trabalho Humano; c) o Princípio da Proteção Social; d) o Princípio do Direito do Trabalho Como Categoria de Direito Humano Fundamental; e) o Princípio da Prevalência do Processo Negocial de Formação da Norma sobre o Processo Estatal de uma Comunidade Real de Comunicação¹⁹⁸.

É evidente que tais princípios vinculados à hermenêutica crítica se resumem a manifestações isoladas e se localizam na qualificação de tendências. Os princípios *tradicionais* trabalhistas são os que se aplicam, atualmente, a esta justiça especializada, já que ela continua amparada por todo um arcabouço tradicional.

Aliás, é a aplicação dos princípios que os encaminha à segunda dificuldade de portarem uma função emancipatória, de verdadeira quebra paradigmática, pois se aos advindos da hermenêutica crítica lhes faltam firmeza doutrinária e jurisprudencial, os tradicionais estão atrelados à interpretação tradicional, sendo, inclusive, dela dependentes, como observado acima no caso do *princípio da norma mais favorável*.

Nesta oportunidade, repise-se que ao ressaltar a ação dos princípios constitucionais, Robert Alexy não abandona a prática da interpretação sistemática, teleológica, históricas e outras¹⁹⁹. Ao defender a *interpretação conforme a Constituição* e o resgate do *juiz político* sob a expectativa da hermenêutica crítica, António Castanheira Neves releva, sob caminho semelhante, que os *cânones metódicos/hermenêuticos tradicionais* não podem ser abandonados²⁰⁰. Preocupado com a viabilidade prática do sistema hermenêutico que abraça, Lenio Luiz Streck, declarado opositor do método tradicional, admite ao final de sua obra “Hermenêutica jurídica e(m) crise” que, conquanto não se possa falar (segundo sua concepção) em interpretação histórica, gramatical, teleológica e outras, pois interpretar compreenderia um ato unitário, é possível admitir que esta mesma unidade compreenderia o método histórico, gramatical, teleológico e outros, somados ao que denomina de *elemento constitucional*²⁰¹.

¹⁹⁸ ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005. p. 353-354.

¹⁹⁹ Ver nota 183.

²⁰⁰ NEVES, A. Castanheira. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 36-37.

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op. cit., p. 287.

Uma alternativa para a aplicabilidade *instrumental* da hermenêutica crítica emerge igualmente da manipulação dos princípios, e consiste na ampliação do *poder normativo do juiz*. Ao seguir a quebra paradigmática proposta pela corrente em evidência, Eros Roberto Grau encontra para esta uma parcial função objetiva ao magistrado: a criação normativa, que inovaria (inclusive primariamente) na ordem jurídica, sempre que uma prescrição legal não fosse imediatamente aplicável²⁰². Esta informação, aliás, é contraditória, pois ao mesmo tempo em que se indica a possibilidade do juiz inovar inclusive sobre fontes primárias, aduz-se que tal inovação só é possível *em não havendo prescrição legal imediatamente aplicável*, o que submete o *intérprete* à mobilidade *sub lege*. Caso contrário, admitir-se-ia que, ao inovar primariamente, a criação do juiz poderia até mesmo revogar lei.

Intérprete, sim, pois se a interpretação tradicional passa a pertencer a uma metodologia esgotada, o modelo *pós-positivista*²⁰³ interpreta as leis à luz da realidade mediante o arsenal de princípios à sua disposição e aplica-os ao caso concreto por meio de uma *fundamentação* que não escapa à seara interpretativa²⁰⁴. Se não se admite mais a legitimidade da interpretação tradicional, por si só, admite-se a da axiológica (completando ou não o próprio direito), mediante um julgamento que lhe confere a exigibilidade. A sentença é exigível porque baseada em uma interpretação que o magistrado faz sobre um dado princípio – a sentença é exigível, e não o princípio. O que vale ressaltar é que a extensão que se pode conceber e que o próprio aplicador concede ao princípio é que limita sua liberdade.

Desta forma, a utilização do mecanismo exegetico possui, sim, suas fronteiras intransponíveis, o que não se nega, aliás. Eros Roberto Grau ressalta, neste diapasão, o cumprimento pelo juiz da “pronta exeqüibilidade de direito ou garantia constitucional imediatamente aplicável”, tutelado pelo princípio da *supremacia da Constituição*²⁰⁵

²⁰² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição...*, op. cit., p. 315.

²⁰³ Termo que se empresta de Cláudio Pereira de Souza Neto sob uma concepção ampla do paradigma (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209).

²⁰⁴ Para Lenio Luiz Streck, a hermenêutica em análise acarreta uma *interpretação unitária* (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise...*, op. cit., 287).

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição ...*, op. cit., p. 316.

206. Ora, os limites do juiz estariam nas regras e nos princípios²⁰⁷. Princípios estes que, para este autor, da mesma forma do procedimento que se indicou no item 2.4.1, são subsidiários às *prescripciones legales inmediatamente aplicáveis*.

Desta ilação extrai-se que para a própria hermenêutica crítica, *interpretar* não é *legislar* mas, quando muito, *normatizar* à lacuna da lei, pois, embora o magistrado tenha, para esta corrente, uma maior flexibilidade de atuação, ele está obstaculizado pelas fronteiras onde se erguem regras e princípios.

Esta observação é importante para que se constate que a construção de raciocínio desenvolvida neste estudo não deixa de interessar aos adeptos da linha hermenêutica que se discute, posto que, por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista, *tradição* e *emancipação* se tocam neste denominador comum (ainda que esta última force a ruptura).

Mais do que isto, tais correntes não somente coexistem como se completam. Neste sentido, Mario Teodoro Ramírez:

No hay oposición entre tradición y pensamiento crítico, no hay actitud crítica que pueda formarse fuera de una cierta tradición, como no hay remisión consciente a la tradición que no suponga e implique ciertas posiciones críticas. Todo esto nos enseña finalmente que la ‘tradición’ no es una, única y homogénea, esto es, que hay muchas tradiciones. Lo que es tanto como decir que hay en nuestro lenguaje actual – y en el mundo cultural en general en que vivimos – una diversidad de funciones y tareas, puntos de vista heterogéneos, perspectivas irreductiblemente diferentes, distintas posibilidades y sentidos. Y que no tenemos frente a esto otra ‘solución’, otra ‘regla’, que reconocerlo como tal y tratar de pensar, hablar y actuar así y desde ahí. Esto es, hemos de aprender a convivir en la diversidad y en la diferencia, en la complejidad y profundidad que caracterizan ineludiblemente a toda realidad social-humana en su ser presente, en su ser temporal²⁰⁸.

A nova concepção hermenêutica (ou a manigância para a compreensão de uma nova hermenêutica), ao contrário da pretensão que imbui, não afastou, todavia, o modelo tradicional da doutrina e dos tribunais (estes, em especial), que permanecem a utilizar a interpretação evolutiva, extensiva e outras, bem como a aplicar objetivamente princípios em casos concretos. Isto para afirmar que o paradigma da

²⁰⁶ Raciocínio semelhante, ao menos quanto aos limites constitucionais à atividade criativa do juiz, é o de Clémerson Merlin Clève, op. cit., p. 69.

²⁰⁷ Ibidem, p. 186.

²⁰⁸ RAMÍREZ, Mario Teodoro, op. cit., p. 185.

interpretação tradicional permanece disponibilizando os instrumentos que fomentam a ordem jurídica vigente.

Ora, embora se compreenda a maleabilidade do juiz mediante a opção por uma ou outra interpretação pela soma de toda sua bagagem de vida e influência do meio em que vive, o STF vai julgar, dentro de uma concepção eminentemente dogmática, que um ato normativo é passível de ADIn porque, por exemplo, ao invés de praticar uma interpretação restritiva de lei, culminou por extinguir direitos.

É por esta razão que a compreensão *emancipatória* da liberdade do juiz, que julgaria com respaldo em uma semi-liberdade, munido dos instrumentos axiológicos que entendesse por bem utilizar²⁰⁹ - e cuja semi-vinculação (aos próprios princípios e normas imediatamente aplicáveis) o impede de *legislar* - não só esbarraria na falta de instrumentos (daí o recurso aos tradicionais), como no apego dos tribunais (aqui, em evidência, o STF) à estrutura *tradicional* do direito.

Por esta vertente, Lenio Luiz Streck que, como se sabe, propõe a “viragem lingüística”, admite que “a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) *não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras.*”²¹⁰.

António Castanheira Neves, igualmente entusiasta da hermenêutica *pós-positivista* reconhece a dificuldade da recepção desta doutrina tanto no campo do pensamento jurídico (o que denomina o autor de *déficit crítico*), como no da viabilidade metodológica²¹¹ e, seguindo a esteira de Celso Luiz Ludwig²¹² admite que, a princípio, a escola sob análise era de cunho eminentemente filosófico, mas lhe foram trazidos problemas de técnica hermenêutica cuja solução ela não comporta, embora, por esta mesma corrente, seja inviável tolerar a *filosofia* da hermenêutica tradicional:

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição ...*, op. cit., p. 315-316.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise...*, op. cit., p. 53-54. Destaque no original.

²¹¹ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1, p. 411.

²¹² LUDWIG, Celso Luiz, op. cit..

A hermenêutica filosófica expressamente afastava de si qualquer intenção metodológica – queria ser ‘filosofia’ e não ‘método’ – e bem se compreendia que a não tivesse um pensamento que apenas se propunha reflexivamente explicitar as condições transcendentais ou de possibilidade de compreender: *não como se deve proceder* num qualquer problema particular de compreensão ou interpretação, mas *o que se verifica*, e com que relevo humano, quando em geral se compreende ou interpreta, era o que unicamente lhe importava, e importa. Se isso mesmo o tínhamos feito notar, agora só o confirmámos, vendo que em vão se pedirá a essa hermenêutica a norma ou o cânone da interpretação jurídica. Por isso nos dirigimos antes à hermenêutica metodológica, aquela que sempre se propôs definir um método de compreensão e de interpretação – ainda que pela primeira designada por a tradicional ou a antiga hermenêutica [...]. E também vimos que a resposta ainda aí teria de ser negativa. Efectivamente, nem a hermenêutica filosófica, nem a hermenêutica metodológica podem, quer assumir, quer resolver em termos problemáticos-metodologicamente adequados, o problema específico da interpretação jurídica [...] ²¹³.

Nada obstante, a linha hermenêutica adotada por este trabalho não implica no enquadramento integral das críticas promovidas à seara tradicional, especialmente quanto ao estabelecimento da *verdade absoluta* ²¹⁴. Não se admite, aqui, verdades absolutas a partir de instrumentos interpretativos. O que há é a satisfação/insatisfação para determinada sociedade, em determinado tempo, de determinado conceito, como se verá no item 2.5.

Com isto, o desapego parcial deste trabalho à hermenêutica *emergente*, demais da constatação de que a *criação* do direito por interpretação, que não a legislativa mas a possibilidade de *normatizar* pelo ato de interpretar (como fazem as fontes secundárias) acompanha a derrocada – ou, leia-se, o insucesso, até o momento, de um triunfo sobre o paradigma anterior -, do que se conclui que a *produção normativa do juiz* não ultrapassa o que lhe cabe interpretar, sob a concepção tradicional ou axiológica. De relevância, porém, a importância que esta linha confere aos princípios, em especial os constitucionais, o que não pode ser descartado.

A contribuição dada pela filosofia da hermenêutica, neste estudo, entretanto, situa-se na assertiva de que o intérprete se manifesta sob limites incompatíveis com a atividade *legislativa*. Esta é a congruência que se destaca entre as duas escolas da

²¹³ NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico ...*, op. cit., p. 436-437.

²¹⁴ “O fato de se darem ‘verdades absolutas’ só pode ser comprovado de modo suficiente caso se logre demonstrar que, em toda a eternidade, a pre-sença foi e será. Enquanto não houver essa prova, a sentença será apenas uma afirmação fantástica que não recebe nenhuma legitimidade apenas porque os filósofos nela ‘acreditaram’ (HEIDEGGER, Martin, op. cit., p. 296).

hermenêutica para que, repita-se, a análise que ora se desenvolve seja aproveitada à visão *emancipatória*.

Aliás, há que se verificar mais atentamente o que vem a ser a *atividade política do juiz* e mais: resgatar o questionamento do que consubstancia efetivamente a *criação da norma pelo juiz* e sob quais liames ela se desenvolve.

Hans Kelsen reconhece a ação da política do juiz como de *qualidade* legislativa, mas sob dimensão reduzida:

Cuando el legislador autoriza al juez, dentro de determinados límites, a sopesar los intereses que se oponen y a resolver el conflicto a favor de uno u otro, le otorga una capacidad creadora de Derecho y, con ello, un poder que da a la función judicial el carácter ‘político’ que tiene la legislación, aunque en una medida mayor²¹⁵.

Ao revés, a *produção normativa* do juiz não se identifica com a atividade irrestrita da confecção de leis. Como se viu, este é um ponto comum entre as linhas hermenêuticas analisadas.

Resta saber, todavia, se ao aplicador do direito é conferida a prerrogativa de *normatizar*. Ives Gandra Martins Filho inicia o contorno a se adotar, ao vincular a *criação da norma* por aquele, a partir da atividade interpretativa. Para o autor, o juiz: “ao aplicar a lei genérica ao caso específico acaba sendo também criador da norma, pois lhe dá a dimensão mais adequada a cada situação, suprimindo, igualmente, as lacunas do ordenamento jurídico concreto”²¹⁶.

Em maior ou menor escala, especialmente no que tange às fontes primárias e secundárias do direito, admite-se uma *política* na normatização (como o próprio nome sugere), na criação de direitos e deveres aos participantes de qualquer dos institutos que as compõem (cidadãos, empregados, empregadores etc.).

A *criação* do juiz, por sua vez, implica em interpretação, mas não em *política*, ainda que para a confecção de normas secundárias. Interpretar não é ação política, pois a política não se resume à interpretação; a política inova na ordem jurídica (ao menos

²¹⁵ KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2. ed. Tecnos: Madrid, 1999. p. 19.

²¹⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo...*, op. cit., p. 217.

potencialmente pelo aspecto subjetivo e impedindo, ainda assim, prescrição contrária, pelo objetivo), pelo que se aduz, de antemão, que ao se interpretar não se normatiza.

Releve-se que nem sempre a diferença de interpretação e política é clara, como afiança Roberto Gargarella, munido do que denomina de *formas mais ou menos óbvias de interpretação*:

Las principales críticas al carácter contramayoritario del poder judicial nacen, al menos en buena medida, una vez que se abre (lo que podríamos llamar) la *brecha interpretativa*. Es decir, si se acusa tal poder judicial de adentrarse en campos que deberían corresponder a los ciudadanos, o a sus representantes, ello se debe a que ahora se advierte algo que antes, por alguna razón, no se advertía claramente: a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular. Justamente en razón de este hecho, muchos de los que hoy quieren seguir defendiendo la legitimidad de la tarea de revisión judicial procuran hacerlo por medio de argumentos capaces de ‘cerrar’ tal ‘brecha interpretativa’. La estrategia que se adopta, entonces, es la siguiente: demostrar que existe formas más o menos obvias – y no arbitrarias – de interpretar la Constitución y las leyes en general, para luego (volver a) afirmar que los jueces ‘no gobiernan’ ni reemplazan a los legisladores sin que, ‘simplemente’, dan cuenta del significado del texto fundamental²¹⁷.

Para concluir que o escopo da interpretação ultrapassa a função “prático-científica” para atingir a “retórico-política”²¹⁸, sob um vértice divergente do ora desenvolvido, Luiz Alberto Warat assim discorre:

Os métodos de interpretação podem ser considerados o álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do direito. Assim, sob a aparência de uma reflexão científica criam-se fórmulas interpretativas que permitem: 1) veicular uma representação imaginária sobre o papel do direito na sociedade; 2) ocultar as relações entre as decisões jurisprudenciais e a problemática dominante; 3) apresentar como verdades derivadas dos fatos, ou das normas, as diretrizes éticas que condicionam o pensamento jurídico; 4) legitimar a neutralidade dos juristas e conferir-lhes um estatuto de cientistas²¹⁹.

Inegável, por outro lado, que a mencionada assimilação *retórico-política* do intérprete e sua conseqüente exteriorização da mesma ordem, pode assumir deveras

²¹⁷ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996. p. 59-60.

²¹⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e teorías na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 63.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 65.

uma pré-compreensão não intencional. Neste ponto e sem prejuízo da linha hermenêutica adotada neste trabalho, contribui Hans-Georg Gadamer:

É regra geral que o historiador eleja os conceitos com os quais descreve a peculiaridade histórica de seus objetos, sem reflexão expressa sobre a sua origem e justificação. Segue nisso unicamente o seu interesse pela coisa, e não se dá conta do fato de que a apropriação descritiva que ele encontra nos conceitos que elege pode ser altamente desastrosa para a sua própria intenção, na medida em que equipara a estranheza histórica ao que é familiar e, assim, já submeteu a alteridade do objeto aos próprios conceitos prévios, por mais imparcialmente que pretenda compreendê-lo. Apesar de toda a sua metodologia científica, comporta-se da mesma maneira que todo aquele que, como filho do seu tempo, está dominado acriticamente pelos conceitos prévios e pelos preconceitos do seu próprio tempo²²⁰.

À retomada dos contundentes argumentos de Luiz Alberto Warat, em busca de uma ilustração mais apurada do tema, veja-se que, do ponto de vista do juiz – que é de interesse neste tópico – este pode manipular a interpretação quando encontra um receptáculo no meio social e direciona o ordenamento jurídico vigente a determinados fins. No exercício da interpretação não se nega o cunho ideológico que pode lhe servir de redoma, nem interesses escusos e particulares²²¹, mas da interpretação, por mais amplitude que se possa conceber ao seu conceito, o intérprete não pode sair ou, pelo menos, não deve, pois se ultrapassa esta via, não mais interpreta. Cria, e aqui se revela, da mesma forma, a política propriamente dita, e não a interpretação. Admitir a existência de uma *política mínima* a partir da interpretação e seus limites é lançar um outro termo (impróprio, diga-se) a um mesmo significado.

Sobre os termos, diz-se, comumente que o legislador faz a lei e que o juiz faz o direito²²². Entretanto, o fazer o direito pelo juiz consiste na soma da lei com a interpretação (que soma a semântica tradicional aos axiomas), e o que se encontra, aí, é o direito aplicado e não feito. Aliás, mesmo que se admita que a criação ou ainda a

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 577.

²²¹ “O cotidiano das práticas judiciais [...] tem uma série de especificidades que não podem ser desprezadas. No seu interior, os mecanismos de dominação se estabelecem através de uma lógica que tem como principal suporte a aparência de que o processo de interpretação e aplicação da lei é feito de forma igualitária, isenta das pressões advindas da sociedade. Constrói-se um imaginário no interior do qual o jurista não se dá conta desse jogo de aparência de sentidos, onde o processo de interpretação da lei é meramente *reprodutivo, e não produtivo*” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 216).

²²² VASCONCELOS, Arnaldo, op. cit., p. 187.

recriação do direito pelo juiz pelo uso que este faz do instrumento da interpretação²²³, não seria ousadia concluir, sob uma ótica tradicional, que a tensão entre estas assertivas localizar-se-ia em uma divergência de nomenclatura.

A interpretação encontra limites. Mesmo baixo à filosofia da hermenêutica ela encontra limites, mais amplos (mediante relativa autonomia normativa ao intérprete), mas, todavia, sub lege. A interpretação sofre, assim, delimitação pelo conceito que ela pode alcançar pelo que, tanto para uma escola (tradicional) como para outra (crítica), ela é vinculada à própria extensão do que cada linha entende por interpretação.

Se, como visto, não interessa observar se há uma manipulação intencional ou não intencional do intérprete, desde que se permaneça no campo interpretativo. Quando exercida a interpretação pelo juiz (e este é um tópico, deveras, de destaque para os fins deste estudo), ela consiste na atividade jurisdicional, e o juiz não pode abandonar sua função jurisdicional.

Por este prisma, para António Castanheira Neves, o juiz que se projeta na política se anula como *juízo*²²⁴; completa o autor o que segue:

Se era um postulado positivista que ‘a criação do direito é uma função política que deve ser subtraída à função jurisdicional’, o reconhecimento da criação jurídica nesta função implicaria sem mais que ela também se desempenha da função política. Simplesmente, o que nestes termos pretende ser superação do positivismo jurídico continua afinal a aceitar um dos seus pressupostos (e um dos seus erros) fundamentais, e que é ver como política ou de reduzir à política toda e qualquer material constituição normativo-jurídica, toda e qualquer criação do direito²²⁵.

Raciocínio similar tece Sérgio Sérulo da Cunha:

Costuma-se dizer que as cortes supremas são cortes políticas. Entretanto, elas não o são mais do que os outros tribunais, à parte o fato de que são chamadas a decidir, mais frequentemente do que esses, conflitos do poder ou questões estritamente políticas. Como órgãos jurisdicionais, devem decidir segundo os critérios e procedimentos de racionalidade jurídica: se os abandonam, explícita ou implicitamente, deixam de ser órgãos jurisdicionais e passam a ser órgãos políticos.²²⁶

²²³ Ibidem, p. 189-190.

²²⁴ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’* ..., p. cit., p. 427.

²²⁵ Ibidem, p. 428.

²²⁶ CUNHA, Sérgio Sérulo da, op. cit., p. 195.

É bem verdade que a ação jurisdicional consiste na dicção do direito sobre casos concretos, fazendo uso dos instrumentos interpretativos (mecanismos tradicionais e princípios) inerentes ao Poder Judiciário²²⁷ e por estas vias se preenchem as *lacunas* da lei. Neste panorama, nem mesmo a *analogia* e a *equidade* excluem a atividade interpretativa. Ao contrário, ambas são sujeitas à análise da extensão de normas e axiomas a lhe conferirem aplicabilidade²²⁸.

De fato, elas não excluem as interpretações do direito. Mais do que isto, dependem delas (embora a analogia seja mais voltada à interpretação tradicional e a equidade à axiológica) para que possam existir no mundo jurídico.

O juiz pode, sim, interpretar, é por este ato que emana sua *discrecionariedade política*²²⁹, e nele se encerra sua liberdade. A interpretação desenha as fronteiras da liberdade jurisdicional do magistrado, vinculada a um limite externo - pelo alcance do que é possível interpretar - um limite-meio - pela extensão da própria interpretação - e limite interno - o caso concreto.

Nem mesmo as insinuações de Dalmo de Abreu Dallari são capazes de afastar o juiz da interpretação, pois por mais *influência* que este sofra, ou pela veemência da *linha ideológica* que, porventura, adote, ele não pode ultrapassar os campos interpretativos para invadir os políticos:

²²⁷ A informação acima encontra, contudo, contraponto na doutrina. José de Albuquerque Rocha entende que os feitos jurisdicionais possuem natureza normativa, e não interpretativa. Para tanto, este autor minimiza os efeitos do ato de interpretar, concluindo que este não é critério distintivo entre atividade legislativa e jurisdicional, ao mencionar que “a interpretação é um processo inerente a todos os escalões do Direito. O legislador interpreta a Constituição quando vai produzir normas gerais; o juiz, o administrador e os particulares interpretam as leis quando vão elaborar normas individuais, e, finalmente, os órgãos executórios interpretam as sentenças, os contratos e os atos administrativos quando vão realizar, no mundo empírico, as consequências jurídicas previstas nas normas a serem executadas.” (ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., p. 71). Visão semelhante é a de DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 94.

²²⁸ Para Sérgio Pinto Martins a analogia e a equidade são *métodos de integração da norma jurídica* (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, op. cit., p. 72).

²²⁹ Na esteira destes argumentos, Eros Roberto Grau faz forte objeção ao uso corrente do termo *discrecionariedade*: “Vale dizer, com todas as letras: o que a doutrina tradicional concebe como sendo a *discrecionariedade* **é a interpretação** (...) Então é certo, nítido como a luz solar passando através de um cristal (bem polido): a superação da indeterminação (o *preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discrecionariedade*; importa a formulação de juízo de *legalidade*, não de juízo de *oportunidade*.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, op. cit., p. 158-159 – grifo e destaque no original).

Do ponto de vista formal, os Ministros que integram o Tribunal Superior do Trabalho são nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado. Mas nesse caso, como em outros, os senadores costumam comportar-se como se sua função fosse meramente homologatória, simples formalidade desprovida de maior importância, aprovando sistematicamente o candidato proposto pelo chefe do Executivo. Este, que escolhe o nome a ser submetido ao senado, está aparentemente cercado por escolhas prévias feitas por órgãos colegiados. Com efeito, no caso dos juízes togados – que são em número de dezessete num total de vinte e sete ministros – onze deverão ser, obrigatoriamente, pessoas originárias da magistratura trabalhista. Isso representa mais de um terço do Tribunal Superior do Trabalho. Mas são os próprios ministros que já integram o tribunal que elaboram uma lista de juízes, na qual o presidente deverá fazer sua escolha. E a prática tem mostrado que aqueles ministros, que ocupam os seus cargos porque em ocasião anterior foram selecionados pelo Presidente da República, nunca deixam de incluir na lista o nome de preferência do presidente. Ainda que se queira negar essa interferência, o que resta é um sistema de cooptação, pois os ministros só propõem ao presidente os nomes de juízes que comunguem de suas idéias²³⁰.

Por hora, pertinente a assertiva de Estêvão Mallet, no sentido de que “a súmula não cria direito novo, mas interpreta direito já existente²³¹. Acrescente-se: a súmula é a *última* interpretação.

No âmbito do direito do trabalho, o texto de lei passa a significar o que o TST quer impor como seu significado. O texto de lei diz aquilo que a súmula interpretou como sendo o sentido correto – sem prejuízo de que seja esta afastada da classificação de fontes formais do direito, pelas razões já expostas no item 2.3.2.

Nada impede, sob uma concepção momentaneamente *ingênua* da questão, que o intérprete interprete um entendimento sumulado. É verdade, entretanto, que ainda que a súmula possa, sim, resumir decisões reiteradas sobre casos concretos, há diferença sobre o que se interpreta em casos concretos e em súmulas.

O juiz interpreta um texto de lei e o aplica ao caso concreto. Esta interpretação pode ser revista por outra, mesmo porque juízes de instâncias subseqüentes não se vinculam à interpretação do juiz anterior, pois retornam ao texto literal e deste ponto utilizam as formas de interpretação tão livremente quanto o outro as utilizou. Há o retorno ao “marco-zero”, o sinal lingüístico a se debruçar sobre o caso concreto.

Já a interpretação de outra interpretação é encontrada no *stare decisis*, que compõe o sistema da *common law* norte-americano. Aqui, não há o retorno ao texto

²³⁰ Ibidem, p. 124.

²³¹ MALLET, Estêvão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. *Revista Consulex*, São Paulo, v.1, n. 11, p. 35, nov. 1997.

legal, mas o embasamento a partir da jurisprudência (que neste sistema atua como verdadeira fonte formal de direito) imediatamente anterior à nova, caso haja, ainda assim, interesse do julgador. No final, permite-se, inclusive (ainda que, aqui, sob uma análise hipotética), que o *precedente*, produto do *stare decisis*, infrinja e até se oponha objetivamente à lei ou mesmo ao precedente original.

Embora trate de assunto diverso, Sérgio Sérulo da Cunha aborda, sobre o tópico de interesse, o seguinte argumento:

Para justificar a concessão de efeito vinculante às decisões de nossos tribunais, é desnecessário aludir ao sistema dos precedentes, vigente nos países de *common law*. Lá, as decisões judiciais baseiam-se em outras proferidas anteriormente. Para conhecer e praticar o Direito norte-americano, por exemplo, é necessário – antes de conhecer normas, como aqui – conhecer a infinidade de decisões tomadas nos casos paradigmáticos (*leading cases*)²³².

No caso da súmula, embora esta não resuma uma sucessão de interpretações, a exemplo do que ocorre com os *precedentes*, nem admita tal prática por parte do aplicador, ela enseja, por si só, um ato interpretativo, o que torna passível de verificação uma única *interpretação* (a do intérprete) sobre outra *interpretação* (a da súmula).

Assim, o juiz pode concordar ou discordar da interpretação sumulada, inclusive fundamentando os motivos da discordância ou (ao menos até os atuais dias, na seara trabalhista e sob uma aparente liberdade) deixar de aplicá-la pelas mesmas razões; pode considerar uma súmula justa ou injusta²³³, aplicável ou inaplicável.

Para ilustrar – e olvidando-se por um instante da ciência da irresistibilidade da obediência devida ao texto sumulado pelo TST, com a última palavra e uma vez provocado – imagine-se a situação de um magistrado que se depara com uma súmula, a qual interpreta um determinado texto legal e conclui, aquele, que, na realidade, o sentido em que estariam aplicando tal súmula estaria equivocado, no tocante ao texto sumulado não englobar X, mas X e Y, dispondo a nova interpretação em sua sentença.

Ocorre que, como supramencionado, a súmula já consiste em uma interpretação (tradicional ou axiológica, não importa), sendo a palavra final do encerramento do

²³² CUNHA, Sérgio Sérulo, op. cit., p. 39-40.

²³³ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000. p. 168.

exercício jurisdicional trabalhista e, neste quadro, o efeito vinculante indireto é a garantia desta palavra final. Mais do que isso, é a diretriz da palavra inicial, que se contrária ao entendimento sumular se resume em um manifesto desperdício do maquinário processual.

Esta visão é partilhada por Lenio Luiz Streck:

Nesse universo de possibilidades interpretativas (re)definitórias dos termos da lei, a Súmula é uma espécie de resultado final de uma definição explicativa, que passa a ter força prescritiva no âmbito do sistema jurídico. Desse modo, *quando o Supremo Tribunal Federal edita uma Súmula, pode-se dizer que será norma constitucional aquilo que a Súmula determinar que seja, isto porque a súmula é condição de validade das normas constitucionais às quais a Súmula se refere. Mutatis mutandis, não é temerário dizer, assim, que, em ultima ratio, a Súmula que versa sobre matéria constitucional é condição de sentido das normas constitucionais*²³⁴.

Tanto assim o é que, como visto no item 2.2 deste trabalho, o TST, quando muito, afasta a identidade do caso concreto com a súmula para evitar sua incidência, e permite, ainda, diante de um excepcional confronto inevitável, que apenas o texto sumulado ou a jurisprudência que a contraria perpetue.

Resgate-se, nesta oportunidade, que, ainda que vinculante o efeito da súmula, se ela tão-somente interpreta – atividade-meio que lhe é inerente, aliás – inexistente ofensa ao ordenamento jurídico vigente (não sob o ponto de vista formal, pois tal vinculação não é expressamente autorizada pela Constituição, mas do material, que ora se foca).

Ainda que se porventura admitisse que interpretação enseje efetiva *criação* (fonte secundária), ela estaria circundada pelo limite da liberdade do juiz, a qual impede que, por meio da atividade de criar, se alcance a de legislar (fonte primária), já que os próprios princípios que alicerçam a hermenêutica crítica autorizam, sim, uma maior autonomia ao magistrado, mas impedem tal consequência. O raciocínio seria semelhante à eventual admissão das súmulas como fontes de direito. Da mesma forma que a súmula *ilegítima* seria uma fonte capaz de alcançar um outro patamar que não aquele ao qual pertence este instituto, a criação baseada em uma interpretação que invada a competência da confecção positiva do direito leva o texto sumulado, igualmente, a uma outra esfera.

²³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*..., op. cit., p. 228-229.

Isto para que se constate que, embora se tenha afirmado ser a súmula um instrumento alheio às fontes do direito, cuja interpretação não enseja criação, este não é o escopo final deste trabalho, e uma opção por outro caminho (considerando-as fonte e reconhecendo uma atividade criativa na interpretação) não exclui o traçado desenvolvido até o presente momento. Ao contrário, ambos os meios convergem para a mesma conclusão: não se pode *legislar* por súmulas.

Do exposto, além de ser a *última* a interpretar, à súmula só cabe *criar* pela via do que é possível interpretar, atividade esta incompatível com a política. Ao confeccionar súmula, ao juiz é defeso invadir a seara política. Contudo, como se verá a seguir, isto não quer dizer que ele não o faça.

2.5 DA INTERPRETAÇÃO À CRIAÇÃO

À primeira vista, ainda que se exclua a *interpretação mínima* a partir da compreensão que se faz pela extração do significado de um texto, o ato de interpretar, seja pelo método tradicional, seja pelo de axiomas (com toda a ênfase e variações que a hermenêutica pode os revestir) comporta o universo de depositar sobre um dado conceito *tudo o que for possível*.

A instrumentalização semântica não afasta, de *per se*, o elemento da subjetividade do agente, pois nada impede que a contextualização e alcance de um texto tenha maior ou menor extensão de intérprete para intérprete. Assim, permite-se que *tudo o que seja possível interpretar* para um não, coincida com *tudo o que seja possível interpretar* para outro.

Alf Ross trabalha com a interpretação subjetiva e com a objetiva:

A diferença entre interpretação subjetiva e objetiva [...] depende dos dados tomados em consideração ao interpretar. A interpretação subjetiva se vale de todas as circunstâncias que podem lançar luz sobre o significado, particularmente, todas circunstâncias pessoais e de fato ligadas à composição da expressão e sua declaração. A interpretação objetiva restringe os dados aos discerníveis pelo destinatário na situação em que ele se acha ao apreender a expressão. [...] A interpretação objetiva simplesmente se recusa a investigar a intenção estudando a maneira pela qual a obra foi produzida. Deste modo, a interpretação objetiva – contrastando obviamente com o que a terminologia autorizaria a crer – adquire um tom de maior imprecisão e arbitrariedade que a interpretação subjetiva [...] a interpretação objetiva

pode chegar a ser uma construção ideal em conflito direto com a intenção do autor. As diversas interpretações de Kant, por exemplo, não colimam verificar o que Kant *realmente quis dizer*, inclusive a resposta deste, se fosse possível interrogá-lo, não seria decisiva para determinar qual das interpretação é a correta. Estas interpretações, por assim dizer, atravessam a obra do autor e possuem uma profundidade intencional maior que a da própria obra²³⁵.

Fato é que os focos de tensão que se instalam no uso de melhores ou piores interpretações, sob o vértice do juízo de valor de cada intérprete, dentro da redoma da hermenêutica são mantidos. Por esta razão, a interpretação objetiva e a subjetiva resolvem-se pelo conflito da semântica tradicional teleológica *versus* sistemática e, por esta mesma razão, *tudo o que é possível* interpretar para um e *tudo o que é possível* interpretar para outro podem, sim, permanecer no campo interpretativo, devido a uma diferença *procedimental* e não criativa. Por exemplo, o aplicador X chega, sobre o texto A, à interpretação A.1, enquanto Y alcança A.2. X pode não ter encontrado A.2 ou simplesmente eleito este como o caminho correto (justo, coerente etc.), e não por necessariamente apontar, neste modelo, a invasão de um processo criativo do direito. Assim, melhor que a expressão “*tudo o que for possível*”, quando se trata de possibilidades interpretativas, é a “*tudo o que for viável*”, na qual se opta pela *mais viável dentro de tudo o que for possível*.

A liberdade do intérprete, em maior ou menor grau, conforme a linha hermenêutica que se adote, tem limites²³⁶. Um limite interno, traduzido na *satisfação* de quem interpreta com um dado alcance que reporta a um texto e um externo, vinculado àquele e relativo à superação ilegítima de fronteiras: da interpretação à criação.

²³⁵ ROSS, Alf, op., cit., p. 150-151.

²³⁶ Neste sentido, Alf Ross completa seu raciocínio: “Essa distinção entre interpretação subjetiva e objetiva não coincide com a distinção entre interpretação livre e limitada. A primeira se refere ao modo em que a interpretação ocorre em sentido próprio; a segunda ao grau de liberdade com o qual o juiz reage ante os resultados dessa interpretação. Há, contudo, uma conexão entre ambas. Exatamente porque a interpretação objetiva rejeita certos dados de interpretação (os antecedentes da lei) e se atém exclusivamente ao próprio texto, conduzirá freqüentemente a resultados menos precisos que a interpretação subjetiva, deixando assim maior raio de alcance para a liberdade do juiz. Num certo sentido, conseqüentemente, a interpretação *objetiva* é mais subjetiva do que a subjetiva” (ROSS, Alf, op. cit., p. 172).

Com efeito, antes mesmo de se enquadrar as possibilidades interpretativas dentro de *tudo o que for possível* ou *viável*, há que indagar, por óbvio, o que é possível, o que é viável.

Note-se que, em primeiro plano, o estudo que se seguirá não tem o condão de propor novas classes e subdivisões das interpretações, mas buscará determinar a seara da interpretação jurídica, a da criação normativa e o trâmite de conflito de ambos.

O termo *criação*, aqui e por enquanto, possui um sentido *lato*. Neste contexto, o fator *criativo* não enseja, obrigatoriamente, uma conduta positiva, um acréscimo ao que está prescrito. Esta expressão tem um alcance mais amplo, no sentido de criar o direito, seja construindo (sobre a insuficiência), objetando texto de lei (sobre o exagero da compreensão do texto), bem como o modificando (sobre o equívoco da suficiência que um texto produz, gerado pela dúvida consciente ou inconsciente sobre seu conceito).

2.5.1 A Insuficiência, o Exagero e a Dúvida

A atividade jurisdicional coloca à sua frente uma dicotomia: a existência ou inexistência de direitos. Mais além, todavia, se direitos são satisfatoriamente provados ou insatisfatoriamente provados (não provados, portanto). A prova é satisfeita ou não satisfeita. O que é moderadamente provado recai, inevitavelmente no satisfatoriamente provado ou insatisfatoriamente provado. Se o deferimento é parcial, parte se provou, parte não.

Em lição do direito romano pós-clássico sob inevitável aplicação na realidade atualidade, Aloísio Surgik diz que

Aparentemente, o juiz ganha mais poderes, porquanto dispõe de maior margem de inquisitorialidade. Porém, na realidade, tais poderes são meramente ilusórios, eis que ele se torna apenas uma peça da complicada máquina burocrática imperial, e, o que é pior, seus movimentos ficam tolhidos nas malhas do normativismo, sob a imposição da chamada prova legal²³⁷.

²³⁷ SURGIK, Aloísio. *Temas críticos do direito à luz das fontes*. Curitiba: Livros HDV, 1986. p. 144.

É certo que a jurisdição não se resume ao contencioso, atuando, também, na harmonização e inclusive na prevenção de matérias, acerca do que se prova e não se prova. Nesta perspectiva, as súmulas interpretativas são destinadas a manipular a ligação entre satisfação e a insatisfação do alcance do direito em relação a determinado texto legal.

Os termos “satisfação”/“insatisfação”, ora utilizados, não são novos. Hans Kelsen argumenta que “[...] quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso *sub judice*, o tribunal pode decidir o caso segundo a sua livre apreciação²³⁸”. Obviamente e diante da contextualização ora desenvolvida, expressões como *ético-política* e *livre apreciação* do tribunal devem ser observadas sob uma realidade-limite de interpretações possíveis.

A *satisfação* não alcança o conceito de verdade, mas, sim, a simples acomodação com um conceito normativo, em um determinado espaço e tempo, que culmina na não-formulação de um complemento, responsável pela insatisfação e, com ela, a insuficiência, o exagero e a dúvida²³⁹. Aqui, um parêntese para a justificativa de que se trata da *insuficiência* mas não da *suficiência*. *Satisfação* não significa *suficiência*, pois a *suficiência* pode levar, por exemplo, ao *exagero*, já que um texto pode ser suficiente para englobar a prescrição, embora abrangendo mais do que deveria prescrever e, daí, estar-se-ia, da mesma forma, diante de uma *insatisfação*, pois o texto legal abrangeria, então, mais do que deveria abranger. A *suficiência*, assim, pode coincidir com a *satisfação*, mas nada impede que ocupe uma parcela incompleta dela.

A *satisfação* é a compreensão incólume do texto em um dado momento histórico (o que é atual em seu espaço e tempo, seja vigente ou ultrapassado à luz da própria vigência a incidir sobre o objeto), a partir de sua auto-explicação. Ela trabalha com o equilíbrio da aplicabilidade do texto normativo. Satisfazer é ser compreensível,

²³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 341.

²³⁹ Observe-se a assertiva de Antônio Álvares da Silva, embora, para os fins deste trabalho, a denominação da “insuficiência” tenha alcance limitado, pois não basta ser suficiente para ser satisfatório: “A lei é linguagem e a linguagem humana tem o signo da imprecisão da insuficiência” (SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 67).

não quanto ao conceito primário de interpretação, mas pelo transporte do texto à realidade em que se pretende aplicá-lo, sem alterar sua essência original, contudo. Satisfazer é executar a prescrição, seja permitindo, prescrevendo ou proibindo uma conduta²⁴⁰, ao menos em escala potencial.

Não basta que se forneça um sentido a um texto legal para exprimir uma satisfação. O processo implica na extração do conteúdo, compreensão do significado e acolhimento do resultado pelo seu alcance e efeito.

Mister que se aduza, nesta oportunidade, que a norma *satisfatória* se distingue da norma *clara*. Carlos Maximiliano argumenta que mesmo para se compreender que uma determinada lei é *clara*, é preciso interpretá-la previamente:

Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo²⁴¹.

Luís Fernando Coelho critica, igualmente, a compreensão que se tem de norma clara:

É sempre necessário ir além da superfície das palavras, a fim de conhecer a força e o poder que delas dimanam. O princípio *in claris* não tem fundamento, pois a interpretação é sempre necessária, seja a lei clara ou não. O que é uma lei clara? É uma lei cujo sentido está claramente revelado no texto. Como saber, em dada lei, qual é o seu sentido, que está claramente expresso? Existe sempre a necessidade de determinar o sentido da lei. As palavras são plurívocas; a univocidade das palavras nunca se configura, pois elas nunca têm um só sentido. Às vezes são as condições da vida que mudam, embora permaneçam as mesmas palavras, e é a vida que determina o direito. Excluir a interpretação para as leis claras é desconhecer a própria natureza da função interpretativa²⁴².

Entretanto, embora estes autores afastem a incidência da norma, eles caminham até o fornecimento de um sentido ao texto. Para a adoção de uma norma, para o reconhecimento de sua satisfação, isto não é o bastante. Nada impede que se dê sentido a uma lei e se descubra, por este processo, que ela é insatisfatória em um dado

²⁴⁰ Em sentido semelhante, aponta-se SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 59.

²⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 31-32.

²⁴² COELHO, Luiz Fernando, op. cit., p. 187.

momento, que falta um elemento de ligação entre o sentido legal e o caso concreto. A confecção de uma súmula, aliás, como receptáculo de interpretação por excelência, pressupõe que a compreensão de um texto é insatisfatória.

Basta o texto ser satisfatório para que não haja interpretação sobre ele, excepcionada sua forma mínima? Sim e não. Há interpretações que simplesmente reproduzem o texto de lei, como as súmulas *tautológicas* referidas por Lenio Luiz Streck²⁴³, ou ao menos seu sentido já satisfatório, como por exemplo a súmula 290 do TST²⁴⁴ (cancelada e substituída pela impressionante súmula 354, a ser verificada no item 2.5.2), à luz do *caput* do artigo 457 da CLT²⁴⁵, isto sob uma concepção atual. Acrescente-se, por outro lado, que o apontamento de súmulas “tautológicas” reflete um autoritarismo por parte de um observador universal e perene, que se distancia dos acontecimentos, pois em dado momento o ordenamento jurídico da época pareceu insatisfatório (fosse por ser insuficiente, exagerado ou duvidoso) para juízes com competência para sumular e justificou a criação da súmula²⁴⁶.

A satisfação carrega consigo a pretensão de abranger os significados possíveis que um texto legal possa sugerir. Uma lei tem o escopo de fornecer respostas aos problemas e situações sob sua alçada e, neste patamar, ela satisfaz. Neste diapasão, oportuna a construção de Antônio Álvares da Silva:

O ordenamento jurídico deve ser completo, ou seja, dar respostas a todas as questões. Daí se dizer que é dotado do atributo da completude [...] a completude tem um significado simbólico, no sentido de que as questões não podem ficar sem resposta. Não quer dizer que o ordenamento seja ‘perfeito’ ou ‘completo’. Pelo contrário, a questão surge exatamente quando

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 168.

²⁴⁴ “290 – *Gorjetas. Natureza jurídica. Ausência de distinção quanto à forma de recebimento – cancelado.* As gorjetas, sejam cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado (Res. 23/1988, DJ 24.03.1988)”.

²⁴⁵ “Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. [...]”.

²⁴⁶ Antônio Álvares da Silva contribui para o argumento de não se conceber a uma interpretação uma função *alegórica*: “Não existe interpretação que mantenha a norma na dimensão semântica em que o intérprete a encontrou, pois, neste caso, seria redundante ou ociosa” (SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 73).

ele se mostra deficitário. Se não há possibilidade de respondê-las pelas normas existentes, cria-se, para o caso concreto, a norma conveniente²⁴⁷.

Uma prescrição que alavanque uma pretensão exigível judicialmente é suficiente e, por conseguinte, não depende de uma súmula que a complemente. Se surge uma situação paralela que requer a fabricação de previsão sumulada, para esta nova situação, aquela lei então suficiente, é agora insuficiente.

Insuficiente, sim, pois se um texto ensejar uma elasticidade conceitual para sua incidência ele é insuficiente, por requerer uma interpretação extensiva. Se seu contexto for mais abrangente que a realidade a ser aplicada, ele é exagerado. Se seu contexto gerar equívoco de interpretação ou for combatido por outra norma, ele é duvidoso.

Diante de uma lei injusta, a interpretação é passível de recair, da mesma forma, dentro da insuficiência, do exagero e da dúvida. Por exemplo, é injusta por ser pouco abrangente; é injusta por abordar conceito superado (como a situação da mulher para o antigo Código Civil e as proibições ao trabalho pela CLT, bem como o pudor e o decoro para o Código Penal); é injusta por reverter ou ignorar valores relevantes à sociedade, inclusos os previstos em outras leis.

Um cuidado deve ser tomado, ainda, com a satisfação aparente (ou falsa satisfação), quando o ordenamento jurídico questiona referida condição, e o raciocínio que se fez para diferenciar uma interpretação de *tudo o que for possível* de outra, aqui se retoma, a fim de se afirmar que a satisfação e a insatisfação podem variar de intérprete para intérprete - e isto explica, inclusive, a fabricação de súmulas “tautológicas”.

Para ilustrar, assim dispõe o primeiro parágrafo do art. 457 da CLT: “§1º. Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador”. Deste texto, depreende-se a constatação óbvia de que integram o salário as diárias para viagem. Contudo, esta não é uma afirmativa verdadeira, a partir da própria CLT, pois o parágrafo seguinte limita o alcance desta integração: “§ 2º Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não

²⁴⁷ SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 49.

excedam de cinquenta por cento do salário percebido pelo empregado”. A suposta satisfação da compreensão do parágrafo primeiro – sobre as diárias para viagem – mostra uma insatisfação que só é evidenciada desde uma nova redação legal que, no caso, se encontra no parágrafo imediatamente posterior (o segundo) – no sentido de que não são todas as diárias que integram o salário, mas apenas as que ultrapassem cinquenta por cento do salário.

Uma norma é satisfatória até o momento em que se faz uma interpretação sobre ela, seja tradicional ou axiológica. A partir disso, ela só atinge a satisfação com a interpretação, pois sem ela o objeto a se aplicar é insuficiente, exagerado ou duvidoso. A inobservância da satisfação (ou a observância da insatisfação) leva o juiz, provocado ou não pelos litigantes, não importa, a elaborar a *reconstrução semântica* de um texto de lei²⁴⁸. Por esta razão, a satisfação oscila ao sabor da adequação ou inadequação da prescrição legal ao quadro da realidade histórica que se pretende enquadrar.

O prisma a se observar com maior ênfase é o da interpretação pelo aplicador da lei: o juiz. Mais do que isso, a interpretação dos juízes que produzem súmulas. Por uma dedução em cadeia, percebe-se que as súmulas, frutos da interpretação que são (ou que deveriam ser, pois é em nome da interpretação que são criadas) são baseadas na busca da satisfação de normas que, para um colegiado de juízes de um determinado ponto no tempo e espaço, consideraram-nas, por si, ou, sob a ótica da inserção destas no sistema jurídicos aplicável, insatisfatórias.

Uma forma de insatisfação é a *insuficiência*. A insuficiência é o que falta. Diagnostica-se pela prescrição legal que não abrange o que ela quer significar, o que pode significar, e o que se autoriza que ela signifique. Uma lei insuficiente requer uma extensão, a abrangência para *ampliar o conceito do que existe*, ou, mais apropriadamente, localizar o que existe para a concepção atual sobre uma dada matéria. A forma mais radical de se preencher o que falta, dá-se por intermédio da *criação*: o que não existia e agora existe. Mesmo a criação sobre a lacuna da lei é restrita e reservada ao poder normativo do direito do trabalho, ainda que de alcance ceifado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, como visto.

²⁴⁸ Ibidem, p. 68.

Ainda que não se exclua a aplicação da analogia das duas outras formas de insatisfação quanto à incidência de um texto legal, ela integra sobremaneira a técnica interpretativa da extensão, pois a analogia não *cria*, ela identifica situações paralelas adaptáveis a soluções semelhantes, como a mudança conferida ao conceito de *domicílio* com o passar do tempo, embora este exemplo também seja apontado como pertencente a uma *interpretação evolutiva*, uma medida acadêmica pacificadora a se situar entre a extensão e a analogia²⁴⁹.

O elemento da insatisfação pelo *exagero*, por sua vez, se faz presente em previsões legais cuja incidência transborda o que se pretende aplicar. Além de englobar normas inócuas, como se viu acima, o exagero consubstancia, ainda, leis que trazem mais previsões que o direito pode exigir, como a proteção contra despedida arbitrária e o adicional para trabalho penoso, conforme dispõem os incisos I e XXIII do art. 7º da Constituição, respectivamente. A forma mais radical de se combater o exagero não é ignorar o texto de lei no sentido de não acolher sua ação (positiva/negativa), mas negá-lo, promovendo, assim, a *extinção* de um direito.

Finalmente, a *dúvida* concerne à abertura do leque de sentidos possíveis se o contexto da prescrição legal não é auto-compreensível – e mais uma vez se demonstra, aqui, o desapego ao sentido único, ou ao sentido correto, como bem aponta Eros Roberto Grau:

[...] a interpretação [...] *supõe a faculdade do intérprete autêntico, de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada*

²⁴⁹ Sob prisma semelhante, para Alf Ross, interpretar de forma extensiva é o mesmo que interpretar por analogia (ROSS, Alf, op. cit., p. 179). Em sentido contrário, nada obstante, entende Antônio Álvares da Silva que a analogia, ao contrário da interpretação extensiva, cria efetivamente a norma: “a diferença (entre analogia e interpretação extensiva) seria que, a analogia *legis*, haveria a criação de uma norma. Na interpretação extensiva não haveria a criação da norma, mas tão-só sua extensão. [...] No caso da interpretação extensiva, cria-se uma ‘norma hipotética’ ou ‘norma imaginária’. Na analogia *legis*, a norma teria sido ‘efetivamente’ criada” (SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 57). Tercio Sampaio Ferraz acompanha este último entendimento, ao argumentar que “a admissão da interpretação extensiva como meio de integração depende [...] da possibilidade de se caracterizar sua distinção em face da analogia e da indução amplificadora. Em tese, discriminá-las parece simples. Na interpretação extensiva, partimos de uma norma e a estendemos a casos que estão compreendidos implicitamente em sua letra ou explicitamente em seu espírito. Na analogia e na indução amplificadora, o caso é omissivo, tanto na letra, quanto no espírito de qualquer norma do ordenamento.” (FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito...*, op. cit., p. 298).

*como adequada, precisamente porque, por força da fluidez das expressões da lei, dela não se pode extrair, **objetivamente**, uma solução unívoca para cada situação*²⁵⁰.

É de se ressaír que esta modalidade de *insatisfação* é a que fornece a maior gama de interpretações aplicáveis. Por qualquer forma possível de interpretação, constata-se a incerteza do significado do texto legal, opta-se por um instrumento interpretativo e aplica-lhe um sentido. A forma mais radical de se combater a dúvida é eleger um caminho que desvirtue o sentido da norma, no qual se encontra o *equívoco*.

A *dúvida* não implica em uma forma de insuficiência, pois a incerteza do alcance remete à insuficiência enquanto a do conteúdo da prescrição àquela.

Por passar a abranger as relações de *trabalho* e não somente as de *emprego*, várias dúvidas foram trazidas com a Emenda Constitucional n. 45/2004 a respeito da delimitação do conteúdo da nova redação do art. 114 da Constituição. Agora a Justiça do Trabalho passa a julgar as relações dos servidores estatutários? Sobre acidentes de trabalho? Relação de consumo? Erro médico? Militares? Representantes comerciais? Manoel Antonio Teixeira Filho ressalta este cenário de indefinições:

Não há, neste momento, gênio humano, por mais experiente, arguto e presciente que possa ser, capaz de indicar, um por um, **todos** os conflitos de interesses que se acomodarão, de modo irretocável, no conceito de relação de trabalho, para os efeitos do inciso I, do art. 114, da Constituição, e quais os que dela ficarão à margem dessa norma – sem descurar-se, por certo, do dever de mencionar as razões jurídicas de seu convencimento²⁵¹.

Um caminho viável e coerente para se sanar tais dúvidas é a confecção de súmulas, com o intuito de demonstrar a interpretação dada pelos tribunais superiores nestes casos (notadamente, o TST e o STF) e direcionar os tribunais inferiores no mesmo sentido. Em particular, se mais de uma interpretação pode ilidir uma dúvida, é natural que elas entrem em conflito no momento de se apurar a dicção do direito.

No direito do trabalho, entretanto, a dúvida sofre uma inibição peculiar, devido à manifestação flagrante do *princípio da proteção* nesta seara jurídica, principalmente ao se tratar dos desdobramentos do *princípio in dubio pro operario*, do *princípio da*

²⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, op. cit., p. 158 (grifo e destaque no original).

²⁵¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Breves comentários à reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: LTr, 2005. p. 133 (grifo no original).

norma mais favorável e o da *condição mais benéfica*. A incerteza do significado segue um leito pré-definido, neste caso. Se não se sabe o significado preciso de um texto legal, aplica-se a interpretação possível mais favorável ao trabalhador (no caso de só a norma fornecer mais de um sentido) ou a norma mais benéfica sobre casos concretos individualizados, respeitada a análise das matérias em conjunto (teoria do conglobamento).

Assim, a interpretação, como instrumento da hermenêutica, encontra sua aplicabilidade sobre a *insuficiência*, o *exagero* e a *dúvida*. Interpretar é adequar o texto normativo ao momento histórico que se pretende considerar como válido. Esta adequação consiste na atuação de modo a reparar os entraves que *insuficiência* do texto legal coloca diante da aplicação do direito.

Ao se resgatar a utilidade e importância das técnicas da semântica tradicional, sem prejuízo da incidência axiológica sobre os tópicos ora tratados e sem a pretensão de reduzir todo o arcabouço de interpretações a algumas modalidades, tem-se, seguindo a construção lógica até agora apresentada, que a solução para a insuficiência é a interpretação extensiva, para o exagero a restritiva e, para a dúvida é, *a priori*, a teleológica e, *a posteriori*, todas as formas de interpretação cabíveis, caso a caso. Aqui se resgata, em primeiro plano, a teleologia, a intenção do legislador. Em segundo plano e no caso do desinteresse daquele método, aplicam-se as mais variadas formas de interpretação admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sobre a interpretação teleológica, algumas observações são pertinentes. Esta modalidade trata de um remédio eficaz para o saneamento da dúvida, mas ela se faz acompanhar de dois obstáculos, não necessariamente concomitantes: a) nem sempre é possível identificar a intenção do legislador; b) nem sempre é do interesse do intérprete identificar a intenção do legislador. Exemplo é o intérprete da lei que prioriza a aplicação do preceito à realidade de seu tempo, em detrimento da razão pela qual o texto foi outrora criado. Ele não vai buscar saber se o escopo inicial da norma, que objetivou sua confecção, foi observado.

Luiz Fernando Coelho bem localiza a interpretação teleológica:

[...] o jurista elaborou uma lei para regular os fatos concretos que se refletem e desta elaboração é que surge o conceito geral. Os conceitos abstratos e gerais não são os pais do

raciocínio elaborador da lei, mas sim os filhos. O direito é um meio a serviço de um fim. Nenhuma lei deve ser compreendida sem o conhecimento das condições efetivas, pois o sentido da lei depende das circunstâncias sociais dentro das quais foi elaborado. A verdade do direito é apenas relativa e mede-se pelo seu fim, pois o direito não exprime a verdade absoluta²⁵².

Alf Ross critica sua denominação ao discorrer que seu alcance é muito mais amplo (e a denominação *teleológica* muito restrita), preferindo chamá-la de *interpretação pragmática*, pela “multiplicidade de valorações” que ela representa. Enfatiza o autor, ainda que “é mister enfatizar que *telos* não designa o propósito isolado da lei individual, mas *pars pro toto* se refere a todas as considerações admissíveis”²⁵³. Nada obstante a eventual impropriedade do termo adotado, insta destacar que a interpretação *teleológica* não possui toda a amplitude a ela conferida por Alf Ross, por se restringir à finalidade do legislador de confeccioná-la à época de sua criação.

Questiona-se, a esta altura, qual a importância objetiva de se identificar a intenção de quem fez determinada lei, uma vez que é, sim, importante, o uso atual que se faz deste mesmo texto normativo.

Como não poderia deixar de ser, a interpretação teleológica (e todo o aparato tradicional no qual ela se insere) é combatida pela hermenêutica crítica de Paul Ricoeur:

[...] a escrita de forma alguma se reduz à fixação material do discurso: esta é a condição de um fenômeno muito mais fundamental, o da autonomia do texto. Autonomia tríplice: com referência à intenção do autor, à situação cultural e a todos os condicionamentos sociológicos da produção do texto; e, enfim, ao destinatário primitivo. O que significa o texto não coincide mais com aquilo que o autor queria dizer. Significação verbal e significação mental possuem destinos diferentes. Essa primeira modalidade de autonomia já implica a possibilidade de a ‘coisa do texto’ escapar ao horizonte intencional limitado de seu autor, e de o mundo do texto fazer desmoronar o mundo de seu autor²⁵⁴.

²⁵² COELHO, Luiz Fernando, op. cit., p. 244.

²⁵³ ROSS, Alf, op. cit., p. 177.

²⁵⁴ RICOEUR, Paul, op. cit., p. 135.

Sob a visão de Carlos Maximiliano, a razão pela qual uma norma foi criada e a utilidade desta mesma norma a épocas ulteriores, podem estar separados por um abismo:

[...] a lei perdura, e a vida continua; surgem novas idéias; aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes; a lei enfrenta imprevistas criações econômicas, aspirações triunfantes, generalizadas no país, ou no mundo civilizado [...] a doutrina e a jurisprudência, ora consciente, ora inconscientemente, avançam dia a dia, não se detêm nunca, acompanham o progresso, amparam novas atividades, sustentam as modernas conquistas, reprimem os inesperados abusos, dentro dos princípios antigos, evolutivamente interpretados, num esforço dinâmico inteligente, sem embargo de aludirem ainda muitos a uma vontade diretora, perdida nas trevas de passado remoto²⁵⁵.

Embora coerente a observação de Carlos Maximiliano dada a implacável mutação da realidade fulcrada na ação do tempo, insta destacar que é justamente o uso atual do texto normativo, alheio à intenção do legislador e que ignora, portanto, a interpretação *teleológica*, que deturpa a função de inúmeras leis, sendo patente que a sucessão de interpretações outras são capazes de inclusive reverter o sentido primário da prescrição.

Uma ilustração pertinente concerne à exposição de motivos (evidentemente a vontade do legislador) da lei do salário-família feita pelo próprio autor do anteprojeto, Arnaldo Süssekind, que até a 17ª edição da obra “*Instituições de direito do trabalho*” fazia constar o que segue:

O limite de 14 anos, como assinalou a Exposição de Motivos da lei, ‘corresponde àquele a partir do qual é permitido o trabalho do menor, segundo a Constituição Federal, constituindo uma base inicial para a concessão do salário-família às classes trabalhadoras, com atendimento estrito, assim, às necessidades mínimas do grupo familiar, de modo a não elevar demasiadamente os encargos do respectivo custeio²⁵⁶.

Ocorre que com o advento da Emenda Constitucional n. 20 (de 15 de dezembro de 1998) e a conseqüente alteração do inciso XXXIII do art. 7º, a idade mínima para o trabalho foi majorada para 16 anos, salvo na condição de aprendiz, desde os 14

²⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 20-21.

²⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v.1, p. 428.

(condição esta irrelevante para a concessão do salário-família, que já não havia computado o trabalho do aprendiz, que na época se iniciava aos 12 anos).

É lógica a conclusão no sentido que se a razão do pagamento do salário-família estava localizada na idade a partir da qual o menor poderia contribuir para a renda familiar, trabalhando, a alteração da idade mínima para 16 anos dever-se-ia estar acompanhada do pagamento do benefício até que o complemento deste limite fosse satisfeito, o que não ocorreu²⁵⁷. Independentemente de sua efetiva contribuição à renda familiar, o salário-família continua sendo pago até que o menor complete 14 anos.

Agora, permanece a lei do salário-família em vigor, a qual deixa uma imensa lacuna que poderia ser suprida por uma interpretação teleológica. Assim, não é de se estranhar que nas edições posteriores à 17ª, Arnaldo Süssekind tenha suprimido tal tópico de sua obra, o que se presume pela confusão estabelecida entre a intenção do idealizador da lei e o fim alcançado.

O mister ora almejado não é se fazer uma defesa irrestrita e inconseqüente à interpretação teleológica, mas destacar que sua inobservância pode causar distorções sérias no ordenamento jurídico pátrio.

A preferência da interpretação teleológica que se faz nesta oportunidade, dá-se em razão de que, ao surgir a dúvida quanto ao significado da prescrição, o intento primário é saber o que se procurou estabelecer com sua criação, pois este é o passo inicial para se compreender o que uma norma realmente diz.

Entretanto, mesmo que seja para sanar dúvidas (nada mais lógico que procurar o sentido que originou a norma) a interpretação teleológica ocupa comumente um espaço secundário na ordem do dia, pois o intérprete utiliza-se de outras searas da exegese tradicional, como a interpretação lógica, histórica e outras, conforme julgue mais conveniente.

É no campo da insatisfação pela *dúvida* que a escola da interpretação tradicional encontra um terreno fértil para aplicar interpretações outras que se fizeram ausente no caso da *insuficiência* (que aceita a extensiva) e do exagero (que aceita a restritiva).

²⁵⁷ FARAH, Gustavo Pereira. O salário-família deve ser pago até o dependente completar 16 anos. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 109, 1999.

Não se pode olvidar, contudo, a importância da interpretação axiológica. Aliás, não se descarta a solução da insuficiência, do exagero e da dúvida sob a égide dos princípios gerais do direito ou via interpretação embasada na Constituição, mormente este *modus* interpretativo completo e se assente sobre o tradicional.

Sempre haverá interpretações possíveis, pelo que a classificação ora exposta quanto à insuficiência, suficiência e dúvida não implica em um direcionamento arbitrário, senão no seguimento de uma lógica, que se entende, aqui, viável. Assim, quando há a insuficiência e se observa a norma em face do caso concreto (baixo o sopeso de que a hermenêutica crítica desde logo entende inviável a hipótese aqui aventada), diz-se que uma tal concepção *pode ser* compreendida de uma determinada maneira, além do que se exprime objetivamente. No exagero, afiança-se que dita concepção *não pode ser* acolhida no exato molde que se apresenta, pois se resume a um conteúdo menos abrangente que aparenta ser. Na dúvida, questiona-se acerca da efetiva compreensão do texto. Por esta razão, ilustra-se que se um texto de lei é insuficiente, uma interpretação teleológica ou sistemática não pode sanar o problema de sua aplicabilidade, já que a intenção do legislador ou uma análise do conjunto do instituto prescrito pela referida lei não alcançam um dado objeto que se pretende enquadrar como tutelado por ela.

Nota-se que em uma comparação com um longo e fino tronco, este pode ser envergado (interpretação extensiva), talhado (restritiva) ou torcido (teleológica e outras – aqui é o significado impreciso torcendo o sentido primário). Fibras irão ceder, algum desgaste dar-se-á no processo, mas o alicerce permanecerá firme. Esta é a interpretação. Observe-se, agora, que o mesmo tronco pode sofrer as aludidas agressões, só que com uma maior intensidade; será tão envergado que irá quebrar, tão talhado que se definhará e tão torcido que se deformará. O alicerce será destruído. A base não mais existe, senão um objeto novo. O resultado desgarrou-se do objetivo. Esta é a criação.

Embora utilizem de intensidades diferentes, tanto a interpretação quanto a criação combatem a insuficiência, o exagero e a dúvida. O resultado pode acarretar na continuação do objeto pré-existente (interpretação) como num objeto novo (criação), mas a meta sempre será a busca da incidência satisfativa da norma.

Assim, o desequilíbrio da aplicabilidade do texto legal dá-se pela *insuficiência*, pelo *exagero* ou pela *dúvida* e requer a adequação a um dado momento histórico que se pretende reproduzir no caso concreto. A interpretação é um dos *remédios* para sanar este desequilíbrio; o outro é a criação.

Repise-se que a súmula é o receptáculo, por excelência, para guardar e representar a própria interpretação consumada, tendo, por conseguinte, o condão de determinar e resolver a insuficiência, o exagero e a dúvida do alcance do direito em relação a determinada prescrição, já que com a *satisfação* a súmula não trabalha. Nada obsta, entretanto, que ao invés de uma interpretação, a súmula guarde uma inovação da ordem jurídica.

A intensidade desmedida da interpretação extensiva pode alcançar a criação *stricto sensu* do direito. A intensidade desmedida da interpretação restritiva pode alcançar a extinção do direito. A intensidade desmedida da interpretação teleológica (ou sistemática, ou histórica e outras, conforme o interesse do intérprete) pode alcançar a modificação do direito.

A questão a ser sanada se localiza justamente na busca da mensuração da intensidade que transforma a interpretação em uma criação *lato sensu* do direito.

Sobre o limite que a interpretação pode atingir para que todavia seja reconhecida como tal, oportuna é a observação de Miguel Reale:

Por mais que a interpretação possa tirar partido da *elasticidade normativa*, preenchendo os vazios inevitáveis do sistema, deve ela sempre manter compatibilidade lógica e ética com o ordenamento jurídico positivo [...] não se pode, em suma, recusar eficácia às estruturas normativas *objetivadas* no processo concreto da história, sob pena de periclitar o valor da *certeza jurídica*, ao sabor de interpretações subjetivas variáveis e incertas” [...] nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (*Limites objetivos do processo hermenêutico*)²⁵⁸.

Para um observador (cuja opinião pode divergir da de qualquer outro observador), hipóteses são capazes de refletir a interpretação evidente, a aplicação de uma intensidade contida. Hipóteses exaltam a criação evidente, por uma intensidade

²⁵⁸ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 110-111.

desmedida. Hipóteses outras são de difícil identificação, pois se situam sobre uma linha tênue entre o que se interpreta e o que se inova.

A interpretação propriamente dita pressupõe, obviamente, uma prescrição normativa cuja compreensão (interpretação mínima) não satisfaz o observador e este necessita lançar mão de outros recursos de técnicas semânticas para obter um resultado.

Nada impede que haja interpretações corretas e incorretas (para o intérprete), sem que aquelas *criem* para alcançarem tais condições. O procedimento é simples: uma interpretação dá um sentido à norma e outra interpretação regressa a esta mesma norma e fornece um sentido diferente, negando, direta ou indiretamente, a validade àquele mecanismo ou relevando-o à condição de medida *menos* coerente.

Da mesma forma, uma interpretação pode persuadir, sem que crie, direcionando o sentido a um e outro caminho, como aponta Luiz Alberto Warat:

A persuasão realiza-se sempre a partir de uma operação de reconhecimento ideológico. Ora, esse efeito de reconhecimento produz-se no interior de um raciocínio que justifica uma determinada interpretação do sentido da norma, da prova dos fatos ou da aplicação das noções técnico-jurídicas elaboradas pela dogmática do direito. Na realidade todos estes elementos heterogêneos podem ser calibrados num processo de significação que os unifique quando se consegue vinculá-los à base ideológica. Sem essa vinculação o raciocínio apresentar-se-á como um recurso pleno de boa vontade, uma anedota que não convence. A trama sutil, que nos força a aceitar certas convergências não costuradas por um cálculo lógico, deixam de ser tão sutis quando advertimos que o raciocínio nos ajuda a reconhecemo-nos ideologicamente²⁵⁹.

O direito novo, por seu turno, nasce da mesma engrenagem que deveria se destinar à interpretação.

Observou-se que se sana a *insuficiência* pela interpretação extensiva e que a intensidade exacerbada desta mesma interpretação pode alcançar a criação *stricto sensu* do direito.

Assim, a criação do direito pode ser detectada com base na seguinte linha de raciocínio sequencial: situação A – a prescrição não existia; advento da súmula; situação B (após a súmula) – a prescrição passa a existir; qualquer interpretação que se

²⁵⁹ WARAT, Luiz Alberto, op. cit., p. 147.

aplique sobre A não encontra B; B é a própria prescrição como fonte formal do direito; a fonte é a súmula.

Nesta hipótese, interpretação alguma (seja tradicional ou axiológica, por mais força que se conceda a esta última) incidente sobre o ordenamento jurídico no qual a súmula está assentada, vai sequer tangenciar o círculo traçado pela sua prescrição. A situação B não existia. Não há qualquer interpretação sobre A (A.1, A.2, A.3 e assim por diante) capaz de encontrar B.

O intento de se falar em *interpretação alguma* não é um conceito vago ou deveras abrangente. Este quadro faz o contraponto às *interpretações possíveis*, mormente não haja perenemente interpretações que alcancem todo e qualquer resultado, mesmo quando utilizados os princípios, dados os seus limites e condição ainda subsidiária do direito, como visto.

A não ser que se referira à já discutida *interpretação mínima*, que se resume à extração do significado de um texto, o panorama da *interpretação alguma* é, sim, cabível. Por exemplo, qualquer interpretação que se aplique à máxima bíblica “não matarás” (Livro de Deuteronômio, capítulo 5, versículo 17)²⁶⁰ não permite que se interprete no sentido de que se deva ou possa matar.

Observou-se, também, que se sana o *exagero* pela interpretação restritiva e que a intensidade exacerbada desta mesma interpretação pode alcançar a extinção do direito. Raciocínio semelhante ao utilizado na observação da criação pode identificar a extinção do direito: situação A – a prescrição existia; advento da súmula; situação B – após a súmula; situação deixa de existir ou é parcialmente tolhida; a fonte original é o texto de lei; a fonte modificada é o texto de súmula. Novamente, *interpretação alguma* sobre A resulta na previsão de B. Se, por exemplo, a previsão constitucional é a de 120 dias para licença à gestante (inciso XVIII do art. 7º da Constituição), não se permite que se interprete no sentido de que não há duração de tempo para tal licença.

Há, no entanto, uma linha tênue entre o interpretar e o criar, uma faixa obscura, cuja essência é mencionada por Alf Ross em seu conceito de *máxima de interpretação*:

²⁶⁰ BÍBLIA. Antigo Testamento. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução por Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Geográfica, 1999. p. 191

As máximas de interpretação variam de um país para outro. Em todo lugar, contudo, exibem características idênticas, fundamentalmente: são conjuntos não sistemáticos de frases atraentes (via de regra cunhadas sob forma de brocados) e de significado impreciso, passíveis de ser manejadas de tal maneira que conduzam a resultados contraditórios. Como não existem critérios objetivos que indiquem quando se deve aplicar esta ou aquela máxima, elas proporcionam um largo espectro no qual o juiz possa atingir um resultado julgado por ele desejável.

Sana-se, por derradeiro, a *dúvida, a priori*, pela interpretação teleológica (e pelas demais cabíveis, se for o caso) e a intensidade exacerbada desta mesma interpretação pode alcançar a modificação do direito.

Aqui, a evidência da modificação não se consuma objetivamente ou, ao menos, não é de fácil localização. Se modificar significa alterar o sentido, é bem sabido que esta função pode também ser alcançada por meios interpretativos. Inexiste impedimento, ainda, de se situar uma interpretação *extensiva* ou *restritiva* neste percurso transitivo.

A combinação de interpretações textuais com o alcance da norma pode dificultar a divisão entre a interpretação *extensiva* e *criação stricto sensu*. Exemplifique-se tal ocorrência com uma norma insuficiente sobre a qual se aplica a interpretação extensiva e esta norma (com a interpretação) vai bordar o tema traçado em súmula: uma norma X traz uma prescrição A; uma súmula traz a prescrição B; a prescrição B não está prevista em norma alguma; entretanto, uma interpretação extensiva em A, desenvolvida por uma súmula, permite o alcance de B. A equação passa a ser a seguinte: a norma X traz a prescrição A - mas uma interpretação extensiva a leva a B; uma súmula traz a prescrição B - que nada mais é que a interpretação extensiva de A. Conclui-se, daí, que a súmula não saiu da seara interpretativa. O mesmo sentido pode ser aplicado a uma interpretação restritiva.

Carlos Maximiliano bem realça este panorama:

Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem. Como esta, é usada milhares de vezes inconscientemente, por aqueles que não conhecem os seus preceitos, a sua estrutura orgânica. A dificuldade para a teoria reside no estofo, na matéria, no objeto do estudo; bem como em o número ilimitado dos meios auxiliares e na multiplicidade, e o Direito propriamente dito, cuja natureza complexa não pode ser esgotada por uma regra abstrata²⁶¹.

²⁶¹ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 9.

Pela mesma razão que as súmulas a serem apontadas no item 2.5.2 como evidentemente criativas ou restritivas, por exemplo, podem assim não serem consideradas sob o prisma de outro observador – o que em nada compromete o mecanismo em potencial de fabricação de atos legiferantes que ora se denuncia - em última análise, quem determina se uma súmula está restrita à área interpretativa ou se invadiu a criativa é o responsável pelo controle desta súmula. Seja no âmbito interno (o próprio juiz do TST), seja no âmbito externo ao TST e ainda interno na jurisdição (o juiz do STF), uma vez se admitindo o controle constitucional da súmula, na forma em que este trabalho irá propor.

Após um entrelaçar de conceitos e apontamentos derivados, retorna-se, aqui, à dúvida mínima, que é a que se depara o juiz sobre um caso concreto. É assim que cada matéria duvidosa termina nas mãos do juiz: ou o objeto em análise está suficientemente provado, ou não está. Da mesma forma, o juiz (no caso, um colegiado de juizes) é quem decide se a súmula é interpretativa ou possui característica legiferante. Para dois juizes a conotação pode ser divergente: para o primeiro, a súmula é interpretativa; para o segundo, tem função legislativa. Só que neste último caso, providências devem ser tomadas. O que depende é em qual instância estão localizados tais juizes ou, em sendo equivalentes, quem tem o direito ao derradeiro voto.

O que efetivamente importa, não é se esta ou aquela súmula possua característica de uma lei ilegítima, mas que ela *possa*, sim, adquirir característica de uma lei ilegítima e que, atrás dela, há todo um aparato que permite que ela atue como tal.

Seja a criação evidente ou de árdua identificação, mas ainda assim criativa, à luz do observador, e este observador é um tribunal superior, em especial e especificamente o STF na verificação de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIn), este cenário gera conseqüências para o mundo jurídico.

2.5.2 Súmulas Legiferantes (casuística)

Toda súmula cria direito? A resposta é negativa e incisiva no sentido de que a *súmula nenhuma* permite-se criar direito. Ela só pode *criar* até onde a interpretação *cria* e, como a esta técnica é defesa a inovação na ordem jurídica, igual limite se infere à súmula. Contudo, isto não significa dizer que súmulas não criam.

Como retromencionado, interpretar não é criar²⁶² e as matérias tratadas pelas súmulas a se expor (que poderiam ser outras, não importa) estão além da exegese. Pontualmente, não se trata, aqui, de interpretação ou de má interpretação e, por consequência, de má aplicação do direito.

Algumas súmulas a serem examinadas são, aparentemente, muito antigas. Entretanto, a Resolução do TST de n. 121, de 28 de outubro de 2003, que cancelou várias súmulas (*stricto sensu*), revisou algumas e promoveu a manutenção de outras tantas, tratou de atualizá-las. Assim, mesmo a súmula vigente com data de confecção mais longínqua (no caso a n. 1, de 1969), por haver permanecido no ordenamento pátrio, é tida como bem recente.

Outras súmulas, atualmente canceladas, serão reportadas neste trabalho, da mesma forma, pois o fato de terem causado muitos prejuízos às partes, por impedirem a apreciação de recursos, ceifarem direitos e criarem outros à margem da legalidade (causando óbvio prejuízo às partes adversas), as tornam merecedoras de atenção.

O demonstrativo objetivo que se a seguir não visa constatar, inequivocamente, a existência de súmulas criativas, afinal, outros observadores podem não compartilhar de todas as observações aqui feitas. Embora sejam apontadas súmulas que variam desde as *incontestavelmente* legiferantes até às que geram dúvidas sobre tal condição, esta não é a tese principal deste estudo. O escopo é deixar claro que elas podem, sim, adquirir referida característica.

²⁶² Lenio Luiz Streck mescla interpretação com criação da norma. Para ele, forçar uma interpretação a partir de um efeito vinculante indireto garantido ao STF e ao STJ por intermédio do art. 38 da Lei n. 8.038/90 (referido no item 2 desta parte do trabalho) é atividade legiferante: “[...] ao editar uma Súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, ‘legislam’, ao conceberem a interpretação ‘correta’ de determinada norma; [...]” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*..., op. cit., p. 148).

A partir de agora, serão analisados alguns exemplos de súmulas *stricto sensu* do TST e de sua jurisprudência dominante, por ordem numérica.

Súmula 363:

363 – *Contrato Nulo – Efeitos (nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)*. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e §2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitando o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Primazmente, antes que se discorra sobre a súmula em evidência, deve-se observar a redação do art. 37, II e §2º, da Constituição, sobre o tema:

Art. 37 – A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

§2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

É bem verdade que causas que envolvam Poder Público e servidores ainda não são de competência da Justiça do Trabalho, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/2004²⁶³ mas, como se depreende do dispositivo constitucional supracitado, tal relação contratual se dá mediante concurso público e, uma vez ausente tal requisito, constata-se o emprego informal tutelado, aí sim, por aquela seara do direito.

Quando menciona aquilo que denomina de *flagrante inconstitucionalidade da Súmula n.º. 363 do C. TST*²⁶⁴, Sérgio Cabral dos Reis, sob a baliza de uma

²⁶³ Pertinente é a retomada do voto do Ministro Cezar Peluso, já mencionado no 2.3 deste trabalho: “Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a [...] apreciação [...] de causas que [...] sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Publique-se. Brasília, 27 de janeiro de 2005” (ADIn 3.395-DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Publicada em 4 de fevereiro de 2005. Acrescente-se que não houve interposição de recurso a esta liminar).

²⁶⁴ REIS, Sérgio Cabral dos, op. cit., p. 406.

interpretação contemporânea dos princípios constitucionais, tece os seguintes argumentos:

[...] nos casos de contratação irregular da Administração Pública, sem a devida prestação de concurso público, deve-se reconhecer a existência da relação de emprego [...] até o último dia trabalhado. Por outro lado, faz-se mister perceber que a exigência de concurso público, segundo a melhor doutrina, destina-se, em princípio, à própria Administração Pública. Ora, se a mesma descumpriu dever constitucional, contratando sem concurso, beneficiando-se de trabalho subordinado, não pode vir a juízo e se locupletar da sua própria torpeza. É um absurdo, segundo entendemos, beneficiar a Administração Pública, que, ao lado de sujeições, goza de um regime de prerrogativas, em detrimento da pessoa humana do trabalhador. Nada disso! O contrato de emprego, embora inválido por inobservância de forma prescrita no texto constitucional, existiu e é eficaz com a produção de efeitos jurídicos até, como já se disse, o último dia trabalhado pelo reclamante²⁶⁵.

Duas leituras são possíveis com base nesse quadro: a nulidade absoluta *ex tunc* ou *ex nunc*.

Embora se constitua em uma interpretação literal e radical do art. 37, II, e §2º, da Constituição, não é absurda a nulidade absoluta e a ineficácia plena do contrato de trabalho para todos os efeitos. Entrementes, seja por uma variação da *teoria do agir de fato*, seja para que não se enriqueça ilicitamente o Estado, tal medida não se mostra a mais coerente.

Os contratos trabalhistas maculados pela nulidade absoluta, porém eficazes quanto aos efeitos produzidos em seu trâmite, são aceitos na doutrina pátria, em casos específicos, a exemplo do estabelecido entre uma empresa e um menor incapaz²⁶⁶.

Sobre a matéria tratada, aliás, o próprio TST editou súmula anterior, ainda em vigor, que versa também a respeito do tratamento da contratação irregular do trabalhador, em ofensa ao art. 37, II, da Constituição. Diferentemente do que fez constar na súmula 363, o contido na de n. 331, ao interpretar no sentido de que não se forma vínculo, nestes casos, com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, *reconhece* as obrigações trabalhistas, indiscriminadamente, para com estes. Veja-se:

²⁶⁵ Ibidem, p. 414-415.

²⁶⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. p. 199-200.

331 – *Contrato de prestação de serviços – legalidade – inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000.*

[...]

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e contem também do título executivo judicial (art. 71 – da Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

Entretanto, a súmula 363 criou uma espécie de contrato *parcialmente* eficaz, ao manter parcela do consectário (FGTS) e retirar, arbitrariamente, todas as outras inerentes à relação trabalhista.

Nem para um lado, nem para o outro, o TST escolheu o caminho do meio, que agrediu ambas as possibilidades dos efeitos do contrato e, por consequência, o arcabouço jurídico que o ampara.

Francisco Antonio de Oliveira dá o tom à atividade legiferante da súmula 363 do TST ao destacar, ainda, que “a Súmula abre uma exceção não prevista na lei, ao conceder FGTS a quem não é empregado, indo além da lei. A Lei 8.036/90 excepciona para os diretores não empregados (art. 16)”²⁶⁷. Por fim, levando à consideração um contrato nulo e eficaz, dá, inclusive, uma sugestão de uma nova redação à súmula em evidência:

Contrato nulo. Efeitos. A contratação do servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso, encontra óbice no seu art. 37, II, e §2º. Todavia, serão devidos todos os consectários trabalhistas a que o trabalhador tiver direito, como se empregado fosse, em forma de indenização (arts. 187 e 927 do Código Civil de 2002). Sobre as verbas que compõem a indenização será calculado o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço²⁶⁸.

Súmula 350:

350 – *Prescrição – Termo inicial – Ação de cumprimento – Sentença normativa.* O prazo de prescrição com relação à ação de cumprimento da decisão normativa flui apenas a partir da data de seu trânsito em julgado (DJ 4.10.1996).

²⁶⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 877.

²⁶⁸ Idem.

Dispõe o art. 189 do Código Civil que a prescrição se inicia com a violação do direito. Embora o art. 7º, XXIX, da Constituição, remeta o início do prazo prescricional para os créditos trabalhistas, é patente que a prescrição de ação de cumprimento de dissídios coletivos se inicie a partir da lesão.

O início da lesão se dá quando a sentença normativa reconhece o direito e o empregador deixa de cumprir sua obrigação.

Ocorre que a citada súmula determinou que o início do prazo prescricional se dá com o trânsito em julgado, sem que se tenha alicerçado esta disposição em qualquer fundamento jurídico. Assim, o texto de súmula nega o que preconiza a legislação federal, ademais da própria Constituição e cria uma nova condição jurídica.

Sérgio Pinto Martins comenta a matéria e critica a súmula em evidência:

A prescrição se inicia com a publicação da sentença normativa, independentemente de seu trânsito em julgado, pois não é necessário o trânsito em julgado para a propositura da ação de cumprimento (Enunciado nº 246 do TST), exceto se for dado efeito suspensivo ao recurso. Assim, o início do prazo de prescrição ocorre não do trânsito em julgado da decisão, mas do momento em que se tornam exigíveis as condições previstas na norma coletiva, o que ocorre com sua publicação, já que o Enunciado nº 246 do TST dispensa o trânsito em julgado para a propositura da ação. O próprio §3º do artigo 6º da Lei n. 4.752/65 estabelece que o provimento de recursos não importará na restituição dos salários ou vantagens. O Enunciado nº 350 do TST esclareceu, porém, que 'o prazo de prescrição com relação à ação de cumprimento de decisão normativa flui apenas a partir da data de seu trânsito em julgado'²⁶⁹.

De fato, além da súmula 246 do TST (DJ 9.12.1985), em plena vigência, a qual dispensa o trânsito em julgado para a propositura da ação de cumprimento, a Lei n. 4.725/1965, pelo §3º de seu art. 6º, ignora o eventual provimento do recurso para a medida e é o não cumprimento da sentença normativa, a partir de sua publicação, que indica a lesão do direito e o conseqüente começo do prazo prescricional.

Sobre o tópico citado da Lei n. 4.725/1965, aliás, vale ressaltar que a Lei n. 10.192/2001, em seu art. 14, não o revogou, mas apenas condicionou a possibilidade

²⁶⁹ MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 941.

de eventual suspensão do feito a partir de recurso pela parte interessada à apreciação do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho²⁷⁰.

Por derradeiro, o então Ministro do TST, Ursulino Santos, que identifica a súmula 350 como um *ato legislativo de grande porte*, completa que: “este Enunciado, *data venia*, não resiste a exigência mínima de constitucionalidade e legalidade”²⁷¹.

Súmula 338

338 - *Jornada de trabalho – Registro – Ônus da prova (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais 234 e 306 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005).*

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

[...]

Extraí-se, da súmula, que se o empregador que conta com mais de 10 empregados, *injustificadamente*, deixa de juntar controles de frequência, forma-se a presunção de veracidade da jornada alegada pelo autor, sujeita, contudo, à *prova contrária*. Esta *presunção de veracidade* ocupa a função, no texto ora sob comento, de indicar a inversão do ônus da prova.

O art. 74, §2º, da CLT obriga o empregador que se situa naquela condição (de ter em seu quadro mais de 10 empregados), a anotar registro de entrada e saída. Observe-se:

Art. 74. O horário de trabalho constará do quadro organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

[...]

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

²⁷⁰ Francisco Antonio de Oliveira, ao comentar a já mencionada súmula nº 246 do TST, pugna, da mesma forma, pela vigência da Lei n. 4.725/1965: “Temos para nós que a Lei 4.725, de 13.7.1965 continua em pleno vigor, vez que, em nenhum momento, fora expressamente revogada. A execução, mesmo antes do trânsito em julgado da norma coletiva, traduz peculiaridade do processo do trabalho”.

²⁷¹ SANTOS, Ursulino, op. cit., p. 1.453-1.454.

[...]

O artigo acima, e nenhum outro, dá a oportunidade ao empregador de fazer prova contrária, caso descumpra esta determinação.

O que preconiza o ordenamento aplicável ao caso, aliás, é o entendimento eminentemente contrário ao disposto na súmula 338 do TST, em especial do direito processual comum que, de acordo com o art. 769 da CLT, se aplica nos casos omissos.

Primeiro, o art. 358, I, do CPC, determina que o juiz não admitirá recusa de parte quanto a documento ou coisa que tenha a obrigação de exhibir. Depois, e especificamente quanto ao assunto em tela, o art. 359 faz o arremate, da seguinte forma:

Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio de documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I – se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II – se a recusa for havida por ilegítima;

Ora, a redação do artigo acima, trazida para o direito do trabalho, é translúcida no sentido de que, nos moldes do art. 74, §2º, da CLT, se o empregador deixa de juntar os registros de jornada, são admitidos como verdadeiros os fatos narrados pelo empregado.

A *chance* que a súmula dá ao empregador de se defender, apresentando prova em contrário que foge à forma específica estampada no art. 74, §2º (o qual se resume na obrigatoriedade da apresentação dos controles de horário), ao invés de simplesmente fazê-lo sofrer as consequências de apresentação injustificada de documento, é algo absolutamente díspar e conflitante com o que determina a lei²⁷².

De fato, a redação da súmula contraria frontalmente a CLT e o CPC nos dispositivos supraditos. Argumente-se, quanto a este último instrumento, que quando a súmula contraria entendimento do direito processual comum, aplicado subsidiariamente ao direito do trabalho, o que ocorre não é uma ausência de omissão

²⁷²Francisco Antonio de Oliveira partilha da mesma opinião ao comentar esta súmula, especificamente (OLIVEIRA, Francisco Antonio, op. cit., p. 849).

por previsão de súmula com a conseqüente não aplicabilidade do CPC, no caso, senão a flagrante desobediência daquela a lei federal, negando-a.

A **súmula 310** foi recentemente cancelada pela Resolução n. 119/2003 do TST (DJ 1.10.2003) – a única cancelada a merecer destaque neste trabalho. Nada obstante, sua disposição perdurou por quase dez anos, a ponto de Lenio Luiz Streck, ao tratar das súmulas *contra legem*, aduzir o que segue: “A inconformidade tem razão de ser. E o problema se torna mais grave quando o Tribunal Superior do Trabalho edita Súmulas contra a lei e contra o texto constitucional, como na hipótese da Súmula 310, que tantos problemas têm causado à comunidade jurídica e aos empregados”²⁷³.

No que tange à substituição processual, assim estabelece o art. 8º, III, da Constituição:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[...]

Como contraponto, entretanto, vê-se a redação da então súmula 310 do TST:

310 – Substituição processual – Sindicato (cancelada).

I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato.

II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis n.s 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3.7.1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788.

III – A Lei n. 7.788 /1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV – A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30.7.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade.

VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 151.

de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para este fim, inclusive nas ações de cumprimento.

VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituído processual, não serão devidos honorários advocatícios (DJ 6.5.1993)

À margem das polêmicas e dúvidas que o instituto da substituição processual causa, em especial, hodiernamente, quanto a listagem de representados e habilitação destes na fase de execução, bem como a desistência, renúncia e retomada do processo principal individualmente por eles, é verdade que a súmula *interpretou* a Constituição de forma reducionista, a ponto de negar que faz previsão do que efetivamente prevê. A súmula limitava onde a Constituição não limita, como reconheceu o próprio STF²⁷⁴.

No tocante ao confronto do termo constitucional (art. 8º, III) com a súmula em evidência, Lenio Luiz Streck relatou enfaticamente que “de tão explícito o dispositivo, nem a doutrina constitucional ousava fazer tamanha redefinição. Isto sem considerar o (relevante) fato de que somente ao Supremo Tribunal Federal é dada a prerrogativa de interpretar, de forma definitiva, qualquer dispositivo constitucional!”²⁷⁵.

E mais: a restrição da substituição processual à matéria salarial, dada pela súmula 310, era contrária ao art. 3º da Lei n. 8.073/90, por não fixar esta qualquer limite, nos moldes em que já preconizava a Constituição.

Reitere-se que mesmo com o advento da Lei nº 8.073, no ano de 1990, e com o julgamento do STF anteriormente relatado, no ano de 1993, a súmula 310 do TST só foi cancelada em 2003.

Súmula 291:

291 – *Horas extras – Revisão do enunciado 76 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978.* A supressão, pelo empregador, do serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1(um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares efetivamente trabalhadas nos últimos 12 (doze) meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão (DJ 14.04.1989).

A supressão de horas extras prestadas com habitualidade por ao menos um ano dá direito ao empregado a uma indenização. À exceção do que dispõe lei específica

²⁷⁴ MI-3475/400 (STF, Pleno, 7.5.1993, Rel. Min. Néri da Silveira).

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 205.

sobre o regime de trabalho dos petroleiros (art. 9º da Lei n. 5811/72), cuja peculiaridade e prerrogativas da profissão impede que qualquer analogia seja feita a ela, não há, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, sequer uma previsão de indenização para a supressão de horas extras.

A súmula 291 se titula revisão da cancelada súmula 76 que tratava da integração ao salário das horas extras cuja prestação habitual superasse dois anos²⁷⁶.

Ocorre que a habitualidade do pagamento de horas extras obedece ao *princípio da irredutibilidade salarial*, de onde se extrai a obviedade de que o salário não pode ser reduzido, mas jamais a situação inusitada da paga de uma indenização.

Na esteira do *princípio da irredutibilidade salarial*, o TST editou a súmula 372²⁷⁷, sobre a incidência do axioma quanto à redução e supressão de gratificação de função.

Aí se localiza outra impropriedade da súmula 291, pois a irredutibilidade pode alcançar *gratificações*, mas não *adicionais*. Isso porque os adicionais de qualquer espécie (horas extras, insalubridade, periculosidade, transferência e noturno) têm igual mesma natureza, qual seja, remunerar uma intempérie ao trabalhador, um revés em sua saúde e convívio social. Ocorre que o pagamento do adicional noturno (súmula 265), de insalubridade (art. 194 da CLT), de periculosidade (idem) e transferência (art. 469, §3º, da CLT), ainda que integrem o salário a todos os efeitos, cessam quando cessa a causa que os legitima. A única exceção é o do adicional sobre horas extras, devido à infundada indenização.

É relevante o argumento de Francisco Antonio de Oliveira sobre a atividade legiferante da súmula 291, a partir da criação do direito:

²⁷⁶ “76. *Horas extras – Cancelado*. O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de 2 (dois) anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais” (DJ 26.09.1978).

²⁷⁷ 372. *Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites (conversão das orientações jurisprudenciais ns. 45 e 303 da SDI-1)*. I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirá-lo a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação (DJ 20.4.2005).

Não cremos haver andado bem a mais alta Corte trabalhista, ao substituir a integração de horas suprimidas por indenização. Não que concordássemos com a Súmula 76, mas porque parecemos haver verdadeira usurpação de competência legislativa quando o Poder Judiciário, por meio de Súmula, determina o pagamento de indenização. Melhor seria que se revogasse a Súmula 76, como efetivamente foi feito, e que a matéria passasse a ser objeto de normas coletivas, inclusive com indenizações ou multas pesadas em caso de desobediência, ressalvados aqueles casos em que a empresa demonstrasse a real necessidade para supressão. Todavia, preferiu-se caminho de discutível legitimidade, qual seja, o de criar indenização de um mês de horas extras suprimidas, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal, substituindo-se o legislador²⁷⁸.

Raymundo Antonio Carneiro Pinto parte do mesmo raciocínio e tece comentário sobre a lei que é provável *inspiradora* da súmula 291:

[...] o TST, a nosso ver, *data venia*, além de optar por um entendimento desfavorável ao empregado, também extrapolou o seu poder de intérprete da lei. O Enunc. *supra* cria uma indenização não prevista em dispositivo legal vigente (a citada Lei 5.811 trata de situações bem específicas) e entra em detalhes como se aquele Eg. Tribunal estivesse investido na condição de legislador. Pecou pelo excesso²⁷⁹.

Súmula 261:

261 – *Férias proporcionais - Pedido de demissão – Contrato vigente há menos de 1 (um) ano (nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).* O empregado que se demite antes de completar 12 (doze) meses de serviço tem direito a férias proporcionais.

Assim preconiza a redação do art. 147 da CLT:

Art. 147. O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.

Extraí-se, do aludido artigo, em franca desconformidade com a súmula sob análise, a evidência de que empregado que pede demissão, antes de doze meses de trabalho, não tem direito às férias proporcionais.

Ao comentar o art. 147 da CLT, Sérgio Pinto Martins faz a seguinte observação:

²⁷⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 742.

²⁷⁹ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 227.

Pedindo o empregado demissão antes do término do contrato por tempo determinado ou num contrato de trabalho comum, tendo menos de 12 meses na empresa, não fará jus às férias proporcionais, pois os 12 primeiros meses são o período de aquisição do direito. A *contrario sensu* do artigo 147 da CLT, se o empregado pede demissão com menos de um ano de empresa, perde direito às férias proporcionais²⁸⁰.

No mesmo sentido, completa Raymundo Antonio Carneiro Pinto:

É fora de dúvida que o empregado, com mais de um ano de serviço, se for despedido sem justa causa, faz jus às férias proporcionais, consoante reza o parágrafo único do art. 146 da CLT. Estando, porém, há menos de doze meses no emprego, somente tem direito, segundo dicção expressa do art. 147 consolidado, a férias proporcionais caso a dispensa ocorra sem justo motivo ou no caso da extinção do contrato por prazo determinado. Portanto, a lei apenas se refere a duas hipóteses [...] A nosso ver, a lei é injusta. Afinal, o direito às férias vai sendo adquirido com o decorrer do tempo e desde a admissão. Por que o tratamento discriminatório com relação aos que ainda não completaram um ano de serviço?²⁸¹

Seja a lei justa ou injusta, aos olhos do observador que redige o presente estudo, seria desnecessária qualquer explicação acerca do art. 147 da CLT no que ele abrange e exclui. Contudo, o TST formulou, em 1986, a agora antiga redação da mesma súmula 261 do TST, que continha nada menos que texto direta e inequivocamente contrário ao atual: “261 – *Férias proporcionais – Pedido de demissão – Contrato vigente há menos de um ano.* O empregado que, espontaneamente pede demissão, antes de completar doze meses de serviço, não tem direito a férias proporcionais” (DJ 6.11.1986).

A transformação da súmula, no afã de fazer justiça a uma lei excludente de direitos, obedeceu a uma construção de frágil raciocínio, na esteira de que ao tratar do empregado *despedido sem justa causa*, não se exclui aquele que *pede demissão*, pois ambos, igualmente, não recebem a pena máxima²⁸², embora esta conclusão não justifique a palavra *despedido* – conduta passiva do verbo despedir.

Não é por súmula que o TST pode transformar em justo, um conceito de lei que pareça e até seja injusto, sob uma concepção atual, de modo a alterar radicalmente a

²⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, op. cit., p. 201.

²⁸¹ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro, op. cit., p. 206.

²⁸² OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 674.

compreensão da letra legal (e seu próprio entendimento sumulado anterior), disposta a negar o que ela afirma, e afirmar o que ela nega.

Súmula 214:

214 – *Decisão interlocutória – Irrecorribilidade (nova redação – Res. 127/2005, DJ 22.3.2005)*. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, §1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão:

a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho;

[...]

c) que a colhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, §2º, da CLT;

Como preconizado no início da súmula, não cabe recurso imediato de decisões interlocutórias, na forma do art. 893, §1º, da CLT:

Art. 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

[...]

§1º Os incidentes do processo serão resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recurso da decisão definitiva.

[...]

Ocorre que a alínea *a* da súmula em questão admite uma hipótese de recurso de decisão interlocutória, que vai de encontro à construção de raciocínio que se fez no item 2.2 deste trabalho, no sentido dos tribunais regionais obedecerem, invariavelmente, às súmulas *lato sensu* do TST, mas em sentido contrário ao artigo em evidência e a toda legislação trabalhista, que nada dispõem sobre a matéria. Ora, a exceção que se faz ao taxativo texto do art. 893, §1º, da CLT, é *criação* da súmula 214.

Ao dar continuidade à prática de se estabelecer exceções onde os artigos da CLT não o fazem, há que se atentar, também, para a alínea *c* da súmula sob análise.

Assim preconiza o art. 799, §2º, da CLT:

Art. 799. Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.

[...]

§2º Das decisões sobre exceções de suspeição e incompetência, salvo, quanto a estas, se terminativas do feito, não caberá recurso, podendo, no entanto, as partes alegá-las novamente no recurso que couber da decisão final.

A não ser que sejam *terminativas do feito* - que, por esta expressão, ao menos haja o término do feito na Justiça do Trabalho²⁸³ - não cabe recurso de decisão de exceções, conforme estampa o artigo acima.

As sentenças que definem exceções de foro não são terminativas e, portanto, não ensejam recurso, como se depreende não apenas do art. 893, §1º, mas especificamente do art. 799, §2º, ambos da CLT.

Ainda que seja de notório conhecimento que decisão sobre incompetência territorial é interlocutória, registre-se a explanação de Manoel Antonio Teixeira Filho, neste aspecto:

A incompetência *relativa* (como é o caso típico da pertinente ao território) deve ser alegada por meio de exceção (CPC, art. 112). O ato judicial que a aprecia não constitui sentença, pois não é ‘terminativa’ do feito, no âmbito da Justiça do Trabalho, mas decisão interlocutória. Assim, quando acolhe a exceção, determina a remessa dos autos a outro órgão da mesma Justiça do Trabalho²⁸⁴.

Repise-se, neste trecho, que a alínea *c* da súmula 214 do TST, autoriza recurso imediato de decisão que *acolhe exceção de incompetência territorial*, em flagrante descompasso e contrariedade direta com a previsão legal celetista. Mais ainda, reconhece a súmula recurso em matéria de exceção *ratione loci* entre tribunais regionais, e não indiscriminadamente, como sugere este instituto a respeito da incompetência relativa, que por si só, já estaria em total desconformidade com o art. 799, §2º, da CLT. Nada obstante, a súmula arremata: “[...] consoante o disposto no art. 799, §2º, da CLT”.

Súmula 191:

191 – *Adicional – Periculosidade – Incidência (nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)*. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

²⁸³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, op. cit., p. 846-847.

²⁸⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 112.

Determina dita súmula, em sua primeira parte, que os outros adicionais não são computados para o adicional de periculosidade, senão apenas o salário básico.

É conveniente recordar que tais adicionais, os quais possuem natureza salarial enquanto perdura a situação que os autoriza, se resumiriam, no caso em tela, ao de horas extras, ao noturno e ao de transferência provisória. Já os *adicionais* por tempo de serviço não são adicionais propriamente ditos, mas salários, e refletem, da mesma forma, no adicional de periculosidade²⁸⁵.

Entretanto, é imprescindível que, nesta oportunidade, se analise a redação do art. 193, §1º, da CLT:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos com condições de risco acentuado.

§1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

[...]

O parágrafo primeiro do artigo de lei exclui, do cômputo do adicional de periculosidade, as gratificações, os prêmios e as participações nos lucros da empresa. Nada diz com relação aos adicionais. Aliás, os adicionais referidos são, rememore-se, parcelas salariais enquanto derem causa e, em razão disto, estão automática e logicamente incluídos no *salário* destacado no texto.

Particularmente em relação às horas extras, aduz Francisco Antonio de Oliveira que “a Súmula há de ser entendida de forma restritiva, e não ampliativa. E, quando o art. 193, §1º, da CLT fala em ‘salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa’, não exclui, evidentemente, a sua incidência sobre férias, horas extras, 13º salário, aviso prévio e o FGTS”²⁸⁶.

A inovação que a súmula em evidência faz do direito, não pára aqui. Na segunda parte de sua redação, preconiza que, para os eletricitários, o adicional de periculosidade incide, aí sim, em todas as parcelas salariais.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 517.

²⁸⁶ Idem.

Ocorre que a Lei n. 7.369/1985, a qual versa sobre esta categoria profissional, assim dispõe em seu art. 1º: “O empregado que exerce atividade no setor de energia elétrica, em condições de periculosidade, tem direito a uma remuneração adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário que se perceber”.

Da mesma forma que consta no art. 193, §1º, da CLT, o art. 1º da lei sob comento faz referência tão-somente a salário, mas a súmula, diferentemente que fez aos outros contratos de trabalho, estendeu o conceito a todas as parcelas e adicionais que o englobam.

É verdade, contudo, que o Decreto n. 93.412/1986, que regulariza a lei supramencionada, em seu art. 2º, I, permite a interpretação de uma peculiaridade em relação às horas extras, embora não traga qualquer novidade em relação ao artigo da CLT analisado. Veja-se:

Art. 2º. É exclusivamente suscetível de gerar direito à percepção da remuneração adicional de que trata o artigo 1º da Lei n. 7.369, de 20 de setembro de 1985, o exercício das atividades constantes do Quadro anexo, desde que o empregado, independentemente do cargo, categoria ou ramo da empresa:

I – Permanecer habitualmente em área de risco, executando ou aguardando ordens, e em situação de exposição contínua, caso em que o pagamento adicional incidirá sobre o salário da jornada de trabalho integral;
[...]

Se a súmula - que, segundo Raymundo Antonio Carneiro Pinto, faz uma leitura *exemplificativa* do art. 193, §1º, da CLT²⁸⁷ - estivesse disposta a seguir *sua* lógica, levaria em consideração apenas o adicional de horas extras, pela expressão *jornada de trabalho integral*, e não, de forma indiscriminada, toda e qualquer parcela salarial.

É curioso que, de acordo com a concepção criada pelo TST, o adicional de horas extras não integra o cálculo do adicional de periculosidade, mas o adicional de periculosidade, por seu turno, integra o cálculo de horas extras, conforme consta do item I da súmula 132 daquele tribunal:

132 – Adicional de periculosidade – Integração (Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais 174 e 267 da SDI-I – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005).

I – O adicional de periculosidade, pago em caráter permanente, integra o cálculo de indenização e de horas extras (Ex-Prejulgado 3).
[...]

²⁸⁷ PINTO, Raymundo Antonio Carneiro, op. cit., p. 164.

Assim, a redação da súmula 191 do TST é eivada de ilegalidade em sua parte inicial e recai na obriedade, na segunda parte, que não tem razão de ser diferenciada da primeira.

Por todo o exposto, foram trazidos exemplos de súmulas flagrantemente legislativas.

Acrescente-se que outras tantas súmulas causam polêmica, por se situarem na linha limítrofe entre a interpretação e a criação, que podem alcançar a condição de legiferantes, aos olhos do observador, a exemplo das súmulas *stricto sensu* de números 153, 114, 90 (item II), 86, 73 e 32, todas do TST.

Ao limitar a possibilidade de se argüir a prescrição apenas até a instância ordinária, a súmula 153²⁸⁸ é contrária ao art. 193 do Código Civil, que dispõe que “a prescrição pode ser alegada, em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita”. Entrementes, o pleito da aplicabilidade da prescrição apenas no terceiro grau de jurisdição confronta com o instituto do *prequestionamento* da matéria e, sob este ângulo, haveria uma impossibilidade *funcional* da incidência prescricional em qualquer instância²⁸⁹.

Permite-se, também, a interpretação no sentido de que a súmula 114²⁹⁰, que nega a aplicabilidade, na Justiça do Trabalho, da prescrição intercorrente, agride frontalmente o art. 884, §1º, da CLT: “Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado cinco dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exeqüente para impugnação. §1º A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida. [...]”. Ives Gandra da Silva Martins Filho e Christine de Oliveira Peter da Silva fazem a objeção

²⁸⁸ “153 – *Prescrição*. Não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária”. Ex-Prejulgado 27 (DJ 15.10.1982).

²⁸⁹ Há de se registrar, ainda, a polêmica instaurada entre as incompatibilidades da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho, como a instigada por Irany Ferrari, que concluiu pela inaplicabilidade subsidiária do Código Civil quanto a matéria em evidência (FERRARI, Irany. Prescrição trabalhista: concepção própria e diversificada. *Revista LTr*, São Paulo, p. 146-147, fev. 2004).

²⁹⁰ “114 – *Prescrição intercorrente*. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente” (DJ 03.11.1980).

ao paralelo mencionado, ao comentarem que este artigo prevê, tão-só, a *prescrição na ação de execução*²⁹¹.

O item II da súmula 90²⁹² determina o pagamento de horas *in itinere* em havendo incompatibilidade do horário de transporte público com o de entrada e saída do empregado. Já o art. 58, §2º, da CLT, não traz qualquer previsão neste sentido, apenas se ocupando com a existência ou inexistência de transporte público no local²⁹³. Embora a menção da súmula a uma *incompatibilidade de horários* enseje uma subjetividade pela falta da estipulação de um limite de tempo de tolerância, no qual possa o empregado esperar pela condução, por outro viés, sua interpretação ganha razoabilidade ao se constatar que, no horário de entrada e saída do empregado, o local não é *servido por transporte público*.

A súmula 86²⁹⁴ dispensa a massa falida do pagamento de custas e depósito recursal. Na CLT, o art. 789 cuida das custas e o art. 899 do depósito recursal, e nenhum destes artigos ou qualquer outro, de qualquer lei, isenta a massa falida de tais pagamentos. Corroboram com esta assertiva Raymundo Antonio Carneiro Pinto ao argumentar que “o privilégio de a massa falida ser isenta do pagamento de custas ou de efetuar o depósito recursal não está previsto em nenhuma lei”²⁹⁵. Se por um lado

291 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Prescrição e decadência. *Revista LTr*, São Paulo, p. 1.422, dez. 2005.

292 “90 – Horas *in itinere* – Tempo de serviço (incorporadas as Súmulas 3224 e 3225 e as Orientações Jurisprudenciais 50 e 236 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005).

[...]

II – A incompatibilidade entre o horário de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*.

[...]”.

293 “Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

[...]

§2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução”.

294 “86 – Deserção – Massa falida – Empresa em liquidação extrajudicial (incorporada a Orientação Jurisprudencial 31 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.4.2005). Não ocorre deserção de recurso da massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação. Esse privilégio, todavia, não se aplica à empresa em liquidação extrajudicial”.

295 PINTO, Raymundo Antonio Carneiro, op. cit., p. 98.

esta prática instiga a falência fraudulenta para a fuga de tais encargos²⁹⁶, por outro, ela está imbricada nas relações comerciais, ao menos como forma de impedir a inversão da ordem legal dos pagamentos (art. 149 da Lei n. 11.101/2005).

Outra súmula a se polemizar o significado é a de n. 73²⁹⁷, a qual nega ao empregado que incorre em justa causa, no curso do aviso prévio, direito às verbas rescisórias indenizatórias. Observe-se que o art. 491 da CLT, que trata exatamente da questão, limita-se a afirmar que o empregado, sob referida circunstância, apenas perde o direito ao restante do período do pré-aviso: “Art. 491. O empregado que, durante o prazo do aviso prévio cometer qualquer das faltas consideradas pela lei como justas para a rescisão, perde o direito ao restante do referido prazo”. Ao ensejo, Francisco Antonio de Oliveira faz comentário contundente quanto à súmula sob análise, para arrematar que ela afronta o art. 491 da CLT²⁹⁸:

Temos, pois, que neste caso a jurisprudência foi além da lei, em prejuízo do empregado. A *mens legis* constante do art. 491 da Consolidação é muito clara. Se o empregado já havia sido despedido pelo empregador, estando em gozo do aviso prévio, qualquer falta que venha a cometer não pode ter reflexos além do aviso prévio, posto que aos demais consectários já havia adquirido o direito de recebê-los no momento em que o empregador resolveu dispensá-lo. Urge que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho reveja a sua posição para a espécie, adotando entendimento consentâneo com a lei²⁹⁹.

Nada obstante, o ponto de vista adotado pela súmula, no sentido de conceder ao empregado que cumpre aviso prévio tratamento igualitário aos demais que incorrem nas penas do art. 482 da CLT, não é de todo absurdo, por ser defensável uma interpretação isonômica aos empregados sob iguais condições.

A *presunção* de abandono de emprego para empregado que se ausenta do trabalho por trinta dias, após o término do benefício previdenciário, estampada na

²⁹⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 245.

²⁹⁷ “73 – Despedida – Justa causa (nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). A ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso de prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória”.

²⁹⁸ Ibidem, p. 212.

²⁹⁹ Ibidem, p. 210.

súmula 32³⁰⁰ é arriscada, pois os artigos 475 e 476 da CLT, que versam sobre o afastamento do empregado por doença ou acidente nada estabelecem em relação ao sentido dado pela súmula. É bem verdade que a nova redação da súmula abrandou o conteúdo da antiga, que mantinha o termo *configura-se* no lugar de *presume-se*³⁰¹. Ainda assim, recai-se, aqui, no quadro de inexistência de previsão legal sobre a leitura do texto sumulado. Por esta razão e principalmente por estabelecer a *pena de abandono de emprego*, Lenio Luiz Streck considera esta súmula como de cunho legislativo³⁰². No entanto, Francisco Antonio de Oliveira dá outra conotação ao problema em pauta, ao relevar que a cominação do prazo de trinta dias é, segundo suas palavras, uma *inspiração analógica* do art. 474 da CLT³⁰³, o qual, a seguir, se transcreve: “art. 474. A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho”.

No que tange às jurisprudências dominantes da SDI, exemplo que desperta interesse é a de número 307³⁰⁴, que determina o pagamento integral do intervalo intrajornada, mesmo em havendo a desobediência parcial quanto a sua concessão por parte do empregador. Note-se que o artigo 71, §4º, da CLT limita-se a afirmar que se não concedido o intervalo, paga-se, com acréscimo de 50 por cento o período que o corresponda. Não se pode afastar de antemão, contudo, a possibilidade de uma interpretação do artigo acima, por aquela súmula *lato sensu*.

Pelo que se observou da exemplificação de súmulas indubitavelmente legiferantes e das que geram dúvida quanto à classificação como interpretativas ou criativas de direitos, há suma importância em destacar a conscientização da gravidade

300 “32 – *Abandono de emprego (nova redação – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)*. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer”.

301 Antiga Redação da súmula n. 32 do TST: “32 – *Configura-se o abandono de emprego quando o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário, nem justificar o motivo de não o fazer*” (Registro oficial em 27.11.1970).

302 STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 193-194.

303 OLIVEIRA, Francisco Antonio de, op. cit., p. 122.

304 “OJSDI-1 n. 307 – *Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação) - Não concessão ou concessão parcial – Lei n. 8.923/1994*. Após a edição da Lei nº 8923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)” - Inserido em 11.08.2003.

da lesão que cada uma destas súmulas, consideradas individualmente e aplicadas com constância a um número imensurável de casos concretos, causa a empregados e empregadores.

Alguns exemplos de súmulas em tais condições foram evidenciados, mas nada impediria que outro observador encontrasse inúmeros exemplos diversos, ou apenas um, ou mesmo nenhum.

A visualização que se oportunizou de algumas súmulas em franca atividade legislativa e de outras em provável ou possível estado similar, teve respaldo na idéia de corporificar o resultado da engrenagem do sistema judiciário trabalhista pátrio, o qual permite que súmulas adquiram e venham a adquirir a característica de inovarem livremente o direito, sem qualquer controle.

A segunda parte deste estudo (item 3) prima em demonstrar a localização das súmulas legiferantes no universo jurídico e a forma de extingui-las com eficiência e segurança, em prol da guarda da Constituição e conseqüente preservação do regime democrático brasileiro.

3 A EXTINÇÃO DE SÚMULAS COM FUNÇÃO LEGISLATIVA

3.1 AS SÚMULAS LEGIFERANTES E OS ATOS NORMATIVOS

Este tópico inicia a parte conclusiva da tese que se expõe, para que se identifique e se localize as súmulas dotadas de efeito legiferante – em particular, as do TST, por uma opção deste trabalho e pela facilidade de se encontrar nesta seara textos com tal característica – como verdadeiros atos normativos, sujeitando-as, por conseguinte, ao controle de constitucionalidade por ADIn.

3.1.1 Os Atos Normativos e a Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ato normativo, aqui, possui um conceito propositalmente amplo, no sentido de identificar a autonomia da dicção do direito *infra legem*, na existência de previsão legal anterior, ou mesmo da inovação da ordem jurídica desvinculada de lei que a ampare, por parte de Órgão Estatal.

A denominação “ato *normativo*” engloba ambas as hipóteses relatadas no parágrafo anterior, pois por norma se compreende tanto a *secundária* como a *primária*³⁰⁵, ao passo que “ato *legislativo*” resumir-se-ia ao segundo caso.

A classificação dos atos normativos presentes nos *regulamentos* do Poder Executivo, subdivididos estes em *executivos* e *autônomos*³⁰⁶, bem refletem a divisão em evidência:

³⁰⁵ Ainda que não *originária* do Poder Legislativo, mas com efeito de lei, nos moldes semelhantes ao que se relatou no item 3 da primeira parte deste trabalho, sobre os regimentos internos dos tribunais.

³⁰⁶ Eros Roberto Grau inclui nesta classificação, ainda, os regulamentos *autorizados* (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, op. cit, p. 189).

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o **regulamento executivo** e o **regulamento independente ou autônomo**. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, contém normas ‘para fiel execução da lei’; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração. O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia³⁰⁷.

Contudo, completa Maria Sylvia Zanella Pietro que “no direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos”³⁰⁸, por conta da redação de seu art. 84, IV³⁰⁹ que, de modo distinto do que dispunha o art. 81, V da Constituição de 1967, não autoriza expressamente o Presidente da República a emitir regulamentos autônomos.

Eros Roberto Grau critica incisivamente a redução do poder normativo ao poder regulamentar de mera execução de leis³¹⁰ e acrescenta que a função dos *regulamentos autônomos ou independentes* é a de normatizar³¹¹, a fim de contribuírem para o equilíbrio da separação das *funções* do Estado³¹².

De fato, a mesma Constituição de 1988 que poderia fornecer uma leitura restritiva dos regulamentos do Poder Executivo à luz do seu art. 84, IV, como se depreende do raciocínio desenvolvido acima por Maria Sylvia Zanella Pietro, admite expressamente, no art. 49, V, a permanência do ato normativo autônomo, do Poder Executivo, no ordenamento pátrio, a saber:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
[...]

³⁰⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 87. (grifos no original).

³⁰⁸ Ibidem, p. 88.

³⁰⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...)”.

³¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, op. cit., p. 183.

³¹¹ Ibidem, p. 188.

³¹² Ibidem, p. 190.

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;
[...]

Acrescente-se, aliás, que o retromencionado artigo prevê não apenas os regulamentos *autônomos* (delegação legislativa), como também os *executivos* (poder regulamentar), em consonância com a classificação binária exposta.

Embora autores busquem distinguir regulamentos *autônomos* de *executivos*³¹³, ambas as modalidades são muito mais próximas que divergentes, como bem assevera Hely Lopes Meirelles:

O regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo. Nem toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo. Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições. Só lhe cabe explicitar a lei, dentro dos limites por ela traçados. Na omissão da lei o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada a matéria reservada à lei³¹⁴.

Ao dar azo a uma linha de raciocínio similar, Belizario Antonio de Lacerda denomina ambos os regulamentos de atos administrativos normativos e localiza a *regulamentação* e a *autonomia* como suas funções: “[...] O ato administrativo normativo objetiva facilitar a compreensão e execução de lei (decreto regulamentar), ou então dispor sobre matéria de competência do executivo que ainda não tenha sido objeto de lei (decreto autônomo) [...]”³¹⁵.

A *diferença* entre regulamentos não atinge, neste trabalho, uma preocupação relevante, mas, sim, a *similitude*, pois o enfoque a se direcionar é a medida em que tal

³¹³ “São os regulamentos prescrições práticas que têm por fim preparar a execução das leis, completando-as em seus detalhes, sem lhes alterar, todavia, nem o texto, nem o espírito. Daí porque o regulamento, destinado à execução da lei, desta se distingue substancialmente: a lei ordena uma relação de fato, transformando-a em relação de direito, enquanto o regulamento não tem outro conteúdo, nem outra finalidade, a não ser a execução dessa disciplina. Ali a regra geral de direito; aqui, o preceito prático de sua aplicação.” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes*: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo. São Paulo: RT, 1994. p. 68).

³¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 113.

³¹⁵ LACERDA, Belizario Antonio de. Inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato administrativo normativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 102, abr. 1999.

instituto alcança e desenvolve o poder normativo e mesmo o regulamento *executivo* é passível de tal característica, notadamente por normas *secundárias*, ou mesmo excepcionalmente em grau *primário*, a ponto de merecer a crítica contundente de Antônio Álvares da Silva:

A regulamentação da lei por decreto para sua fiel execução é uma interpretação administrativa, formalizada, rígida, feita em linguagem normativa, tal como a lei. É, portanto, muito mais do que uma mera súmula. Porém, ninguém nunca se rebelou contra eles. A atitude é estranhável, porque qualquer jurista brasileiro sabe que é comum, nos decretos regulamentares, invadir-se o campo da lei. A lei no Brasil é feita por dois poderes – o Legislativo, que a promulga, e o decreto que as regulamenta [...] Mas a ira de muitos sobra apenas para as súmulas³¹⁶.

A ilegalidade que atua sobre o ato normativo de modificar ou extinguir a ação de uma lei vigente ou de criar normas inconstitucionais quando da inexistência de previsão legal, não significa que ele assim não o faça. Para tanto, a ADIn é a garantia de que um ato normativo inconstitucional federal ou estadual possa ser considerado inconstitucional pela medida competente e efetiva:

Art. 102 – Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, oriundamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

É verdade que a ADIn não é a única forma de controle dos atos normativos, posto que outras duas providências objetivas³¹⁷ são cabíveis: pelo Congresso Nacional (art. 49, V, da Constituição) e pelo próprio STF por arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da Constituição). Entretanto, para cada caso uma medida e quando a matéria não se restringe à *ilegalidade*, mas compreende a inconstitucionalidade, é a ADIn o remédio adequado. Especificamente quanto à matéria ora tratada, é alvissareira a lição de Clémerson Merlin Clève:

[...] se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos,

³¹⁶ SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 79.

³¹⁷ Objetivas, pois há controles genéricos de uns Poderes por outros, como o art. 50, *caput* e art. 58, III, ambos da Constituição, por exemplo.

então a doutrina vai chamá-lo de lei formal. A lei material, neste caso, tanto pode ser proveniente dos órgãos dotados de competência legislativa, como do Executivo. Quanto à lei formal, será sempre proveniente dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante [...] A distinção é importante para a tutela dos direitos subjetivos. Entende a doutrina que os atos material e formalmente legislativos não podem ser diretamente impugnados, salvo por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF). Podem, todavia, suscitar controle incidental de inconstitucionalidade, para o fim de justificar impugnação de relação jurídica constituída sob a égide e sob o fundamento daqueles atos. O mesmo ocorre com os atos apenas materialmente legislativos. Neste caso, assumam a forma de lei ou de regulamento, não podem ser, perante o Judiciário, diretamente impugnados, salvo, mais uma vez, a hipótese da ação direta de inconstitucionalidade. É que, assim entende o Direito Brasileiro, os atos normativos genéricos não podem lesar imediatamente um direito subjetivo³¹⁸.

Insta relevar que, encontrando-se agora a aproximação do tópico de efetivo interesse deste trabalho, os atos normativos não se resumem aos regulamentos que carregam esta característica - decretos regulamentares, resoluções, portarias, deliberações e instruções³¹⁹. Neste contexto, a intenção de se afirmar que há, sim, atos normativos além dos regulamentos, os quais não advêm do Poder Executivo³²⁰. Mais do que isso, existem, sim, atos normativos igualmente sujeitos ao controle de constitucionalidade por ADIn (mormente não haja discriminação alguma pela Constituição, na forma de seu art. 102 e 103), que não advêm do Poder Executivo.

Prova é a permissão da atuação de órgão reguladores na seara de telecomunicações e petróleo, na forma do art. 21, XI (Emenda Constitucional nº 8/1995) e 177, §2º, III (Emenda Constitucional nº 9/1995), respectivamente. O Poder Judiciário emite, também atos normativos: “Consideram-se atos normativos, por exemplo, a resolução administrativa dos Tribunais de Justiça, bem como deliberações administrativas de outros órgãos do Poder Judiciário, inclusive dos Tribunais Regionais do Trabalho, salvo as convenções coletivas de trabalho”³²¹.

³¹⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 71-72.

³¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 89.

³²⁰ Adverte, porém, Celso Antônio Bandeira de Mello que “é certo, entretanto, que, na imensa maioria de casos, embora não em todos, o emissor dos atos assim nominados é a Administração Pública, sendo de convir, então, que *o sentido principal da voz ‘regulamento’ está reportado a atos emitidos pelo Chefe do Poder Executivo.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 313-314).

³²¹ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 661.

A própria Constituição autoriza a interpretação no sentido de que os atos normativos não advêm exclusivamente do Poder Executivo, quando limita no art. 49, V, o controle do Congresso Nacional a “atos normativos *do Poder Executivo*” (destaque acrescido); para tanto, há que se retomar a redação do inciso em destaque, agora sob outro enfoque:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

[...]

Cabe rememorar a existência de um conceito aberto de ato normativo – um ato federal ou estadual pode ser ou não normativo e, sendo normativo, de ordem *primária* ou *secundária*, assume natureza genérica e abstrata, constitui-se procedimento de soberania política e é passível ao controle direto de sua constitucionalidade.

É significativa a contribuição dada pela abordagem de Alexandre de Moraes a respeito do tema:

[...] quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários, deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo³²².

Neste ponto, acrescenta Michel Temer que “Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia da norma contrária à Constituição”³²³.

A matéria referente à amplitude do ato normativo não se esgota aqui e será retomada no item 3.2, em especial ao se tratar de ADIn sobre súmulas, como modalidade de atos normativos exteriores ao Poder Executivo.

Há que se identificar, desde logo, todavia, as súmulas com os atos normativos, particularmente, várias das emitidas pelo TST.

³²² Idem.

³²³ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 40.

Vê-se, novamente, a prescrição constitucional:

Art. 102 – Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, oriundamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

O art. 102, I, *a*, da Constituição, especifica que, além de recair sobre leis, a ação direta de inconstitucionalidade engloba também os atos normativos. Frise-se: atos normativos, e não súmulas.

Ocorre que o próprio STF entendeu, acertadamente, que quando continham os prejudgados efeito vinculante, estes se equiparavam a atos normativos, conforme se extrai de uma construção negativa de raciocínio, a partir da ementa do acórdão daquela Corte, publicado no RE 86056/SP³²⁴: “[...] *Não constituindo ato normativo – dado que o art. 902, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que lhe atribuiu tal caráter, foi revogado pela Constituição de 1946 – (o prejudgado) não pode ser objeto de representação por inconstitucionalidade*”.

Ora, bem se recorde que, como fora analisado no item 2.1 deste estudo, há sumulas que, atualmente, fazem às vezes de prejudgados, ao manifestarem *interpretação nova* (característica outrora peculiar aos prejudgados). Entretanto, esta observação ainda não é suficiente, pois a súmula que serve de instrumento para a atividade interpretativa (ainda que inove na interpretação) não pode ser equiparada a ato normativo. Mesmo assim e à guisa de ilustração, a função dos atos normativos enquanto regulamentos *executivos* (já que a autonomia de criar na lacuna da lei foge à competência da súmula), no sentido de *facilitarem a compreensão e execução de lei*³²⁵, como visto, não foge, quanto a este aspecto, da atividade destinada à súmula.

Agora, ao se tratar da súmula com função legiferante, tem-se que esta modalidade de súmula e o ato normativo possuem a característica comum de prescrever normas. Tais súmulas inovam, também, *primariamente* na ordem jurídica, como o próprio termo *legiferante* já sugere. Esta denominação, aliás, assume a

³²⁴ DJU de 1º.7.77.

³²⁵ LACERDA, Belizario Antonio, op. cit., p. 102.

pretensão de identificar em grau de isonomia *ao menos* a função *legiferante* que reveste os atos normativos; ao menos, sim, pois do que se depreende dos atos normativos regulares³²⁶ (notadamente os do Poder executivo, tão-só pelo maior volume de produção), mesmo os *autônomos* agem na lacuna da lei e, pelo que se observou no item 2.5, várias súmulas do TST não apenas prescrevem na ausência de previsão legal, como modificam, restringem e negam aplicabilidade à lei federal (em especial a CLT) e mesmo à Constituição.

A peculiaridade, contudo, de possuir, normalmente, mais força do que os atos normativos regulares na produção do direito, não torna a súmula legiferante um elemento *além* do ato normativo, senão um ato normativo mais *forte* do que os atos normativos regulares. Isto porque a comparação a se desenvolver não remete à extração de pontos comuns entre dois institutos (súmulas e atos normativos), mas efetivamente enquadrar a súmula legiferante como *legítimo* ato normativo desde sua criação, quanto mais à evidência de que aquele instrumento jamais exerceu e se limitou à função de súmula.

Ao traspasar a seara de *jurisdictio* para assumir dimensão de *legislatio* a súmula não é súmula, mas ato normativo; esta identidade e enquadramento das súmulas *criativas* (em sentido *lato*) se dá com os atos normativos portadores de normas primárias ou secundárias³²⁷, não importa, pois à súmula é defeso inovar tanto em uma frente quanto noutra, do que se pôde defluir dos itens 2.3, 2.4 e 2.5 deste estudo.

Aliás, só é a súmula legiferante ato normativo porque, não sendo súmula, esta é a qualificação lógica a enquadrá-la, mormente não seja de competência originária do

³²⁶ Luís Roberto Barroso define o poder regulamentar como ato de natureza administrativa, inferior à lei e sob óbice de criar direito novo (BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177). Pontes de Miranda, acrescenta, ainda, sobre os regulamentos tópico pertinente à matéria em análise: “Onde se estabelecem, alteram-se ou extinguem-se direitos, não há regulamento – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição* ..., op. cit., p. 314).

³²⁷ Embora se reconheça que a denominação *legiferante* não é a mais apropriada para se englobar, também, normas secundárias, extrai-se, deste mesmo parágrafo, que a intenção de se utilizar referido termo é ressaltar a possibilidade de se inovar o direito em grau *legislativo*, e não apenas *normativo sub lege*.

TST a produção de leis, demais de não advir do Poder Legislativo. Ainda que *legiferante* seja, por *lei* tal súmula não pode ser referida.

Para tanto, o art. 102, I, *a*, encarregou-se de controlar as *leis* e os instrumentos equiparáveis às leis que não seguem o trâmite da produção legislativa originária: os atos normativos. É por este dispositivo constitucional que normas originárias (leis) e não originárias (atos normativos) se igualam em importância na possibilidade de trazerem em seus textos ameaça à Constituição, e para efeito e sujeição à ADIn.

O reconhecimento de que súmulas podem ser atos normativos foi destacado na ADIn 594, conforme exposto em um dos argumentos do então autor da ação em referência: “[...] j) em razão da praxe pretoniana, a questionada súmula está sendo aplicada como ‘ato normativo federal’ vinculante, afetando a estabilidade do Estado de Direito, provocando irreparáveis prejuízos ao desenvolvimento rural e ao bem-estar social”³²⁸.

As súmulas, porém, não são, *a priori*, passíveis de ADIn, dado o suposto caráter *ancilar* que as reveste. Quanto a este tema, sob uma visão restritiva, argumenta Michel Temer que “por ato normativo, entende-se: a) decretos de Poder Executivo; b) normas regimentais dos Tribunais federais e estaduais e suas resoluções. Exclui-se desse controle o prejudgado fixado pelos Tribunais”³²⁹.

Entrementes, a própria Constituição admite que uma força normativa não originária do Poder Legislativo pode ser objeto de ADIn, ao simplesmente fazer referência a atos normativos, em seu art. 102, I, *a*. Basta, assim, que uma prescrição tenha ou possa ter *função* de lei e seja flagrante ameaça ao ordenamento jurídico pátrio, a ponto de sua inconstitucionalidade justificar tal medida; em suma, que seja um *ato normativo*.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido na ADIn 594 concluiu, entretanto, pela diferença entre súmula e ato normativo por um outro prisma:

A prova maior de que o fenômeno não é assimilável à revogação de um ato normativo é que a nova orientação jurisprudencial, contrária àquela de que derivara, incide de logo na decisão do processo em que se manifestou, sem que se possa opor a garantia do direito adquirido ou do

³²⁸ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 11.

³²⁹ TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*, op. cit., p. 49.

ato jurídico perfeito a essa aplicação instantânea a fatos pretéritos da nova inteligência da lei, diversa daquela consagrada na súmula, ao tempo em que ocorreram³³⁰.

Nada obstante, a linha de raciocínio traçada por Sepúlveda Pertence dá um imenso salto (da orientação jurisprudencial à garantia do direito adquirido / ato jurídico perfeito) e deixa de analisar uma questão crucial, que se concentra no fato de que uma discussão acerca de direito adquirido ou ato jurídico perfeito supostamente garantido por súmula acarretaria, necessariamente, a certeza inconteste de que a súmula possui, sim força normativa, e é justamente nisto que consistia o foco de tensão e não nos seus efeitos.

A súmula legiferante possui validade de súmula e eficácia de norma. Uma eventual validade de norma, para a súmula, não é questionada por não ser conhecida, e, uma vez conhecida, obviamente, não seria reconhecida como tal, por ilegítima perante o sistema democrático brasileiro.

A súmula é muito *forte* por ser muito *fraca*. Por não trazer uma preocupação contundente ao STF - que vê neste instituto um inofensivo instrumento de apoio aos aplicadores do direito em geral - ela adquiriu um poder ostensivo que, por não ter sido controlado, agride frontalmente a Constituição Federal, sob os olhos de seu principal protetor, o próprio STF, que a ignora.

3.1.2 Súmulas Legiferantes como Normas Gerais e Abstratas

Viu-se no item 2.2 que a súmula do TST é revestida de *adoção obrigatória*, seja a *interpretativa*, seja a *legiferante*. Assim como o TST confecciona súmulas A.1, A.2 ou A.3, que estampam a interpretação dominante de um dado texto legal A, esta mesma Corte traça entendimento sumulado que não reflete nem A.1, nem A.2, nem A.3, mas cria B, traz B para o mundo jurídico, o aplica e o exige.

³³⁰ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 47-48.

Assim, o quadro:

→ *Tribunal inferior nega B e aplica A .1*

→ *Tribunal inferior nega B e aplica A.2*

→ *Tribunal inferior nega B e aplica A.3*

→ *TST aplica B*

→ *Resultado final: B*

Óbvio, ainda, é a liberdade constitutiva e auto-reversibilidade das súmulas trabalhistas pelo seu órgão criador. Quem as cria, revisa e cancela é o próprio TST. Quanto à auto-reversibilidade, observe-se que súmulas conflitantes não coexistem, nesta justiça especializada. Além das resoluções daquele Órgão, que modificam e cancelam os textos sumulados, estes próprios promovem a *revisão* de outros anteriores, a exemplo da súmula *stricto sensu* n. 76, revista pela súmula 291.

Demais disso, as súmulas do TST, mesmo as meramente interpretativas, possuem efeito geral e abstrato, tais quais os atos normativos³³¹, bem como força de lei - pela vinculação, mesmo que indireta – ao passo que a *eficácia* (função) de lei é verificada nas legiferantes e, aí sim, a identidade para com atos normativos é absoluta.

Contrariamente ao que possa parecer à primeira vista, as súmulas (interpretativas ou legiferantes) não se prendem a um panorama histórico-concreto, mas, sim, geral-abstrato³³².

Por *histórico* compreende-se a relevância de fatos pertencentes à uma época que estacionou no tempo, mas que contém o avanço desenfreado do direito. É a garantia de uma evolução fundamentada. Quando há uma passagem de uma situação jurídica à outra que culmina na substituição de súmula antiga pela nova, ou simplesmente pela

³³¹ “[...] se for abstrato (tratando de uma série indeterminada de atos que deverão se repetir no tempo sempre que a hipótese categorial, abstratamente prevista, se realizar no plano fático) então estamos em face de um ato normativo. Se, ao contrário, for concreto (tratando de um caso determinado ou determinável), então estamos em face de um ato executivo geral” (CLÉVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 222-223).

³³² António Castanheira Neves remete o problema *histórico-concreto* a um *caso jurídico* particular e o *geral-abstrato* a um *sentido jurídico* amplo (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’* ..., op. cit., p. 59).

eliminação daquela, se constata uma realidade incompatível com o contexto histórico que originou a prescrição anterior.

Essas ponderações em conflito com a súmula vêm de decisões monocráticas, vêm da doutrina, vêm do exercício cotidiano da advocacia, de modificações sociais, econômicas e culturais e podem fragilizá-la. Isto não compromete, todavia, a linha de raciocínio outrora desenvolvida acerca da irrestibilidade dos litigantes e a vinculação ainda que indireta, mas irresistível, das instâncias inferiores às súmulas do TST. É certo que as manifestações externas à Corte máxima trabalhista adicionam ênfase à eventual modificação ou extinção de determinada súmula, mas enquanto ela não for efetivamente modificada ou extinta, tais vozes são isoladamente inúteis sob o ponto de vista da efetividade, pois, como visto, a obediência à sentença sumular é imposta pelo tribunal superior em referência, que a edita e controla.

Observou-se que a vinculação histórica é freqüente, mas não é, contudo, imprescindível para a criação de uma súmula, dado que a *interpretação nova* autoriza que, por questões administrativas, políticas, jurídicas e outras que não interessam a este estudo, seja confeccionada súmula completamente independente de um contexto a ela pré-concebido.

No outro pólo da expressão (histórico-concreto), por *concreto* tem-se a identificação *não necessária* de súmulas com casos concretos que porventura a originaram. Contrariamente ao que sugere a assertiva sob consideração³³³, toda súmula é dotada de efeito abstrato. Mais além, geral-abstrato.

Embora conceda indiscriminadamente a concepção de *norma* a toda e qualquer súmula, Roberto Babiloni Leite traz à baila o argumento de interesse: “A súmula, conquanto elaborada pelo Poder Judiciário, tem caráter normativo, pois, em vez de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, estabelece regras gerais e abstratas. Desassemelha-se da sentença, onde o juiz estipula normas que obrigam apenas as partes envolvidas no caso concreto”³³⁴.

³³³ Pois, como assevera Clémerson Merlin Clève, “[...] o abstrato se contrapõe ao concreto” (CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 222).

³³⁴ LEITE, Roberto Babiloni, op. cit., p. 17.

Ao se ter em mente definições genéricas de *abstração*, vê-se que basta a incidência de um texto ser direcionado para o futuro como molde para os casos concretos que para com ele guardam identidade, para que seja assumida aquela característica. Neste sentido, aduz Clémerson Merlin Clève que “a lei é geral, pois, porque as suas disposições são tomadas em abstrato, podendo ser aplicadas a todos os casos futuros que possam ser abrangidos pelo seu enunciado [...]”³³⁵. Conceito ainda mais elucidativo de abstração é o de Jorge Manuel Coutinho de Abreu:

*Acto jurídico abstracto é aquele que [...] é aplicável a um número indeterminado e indeterminável de casos. O acto prevê ou hipotisa categorial-abertamente (não concretamente) uma situação de facto (tatbestand, fattispecie), aplicando-se, portanto, a todas as situações de facto reais (concretas) da mesma espécie (idênticas) que se verifiquem durante a sua vigência, que caiam no seu âmbito de aplicação*³³⁶.

Justamente pelo fato da súmula advir, em geral, da interpretação de casos concretos, seja pela consolidação jurisprudencial, seja pela fixação de entendimento novo - ainda que se admita também entendimento novo que não seja embasado em caso concreto algum - e a eles serem direcionados, ela (a súmula) pode sugerir, à primeira vista, uma distância da abstração, que não ocorre.

O efeito abstrato da súmula é adquirido a partir de um desgarramento desta de um caso concreto, reiterado ou não, que eventualmente origina sua formulação e a identidade dela para com casos concretos futuros, que passam a adotá-la³³⁷.

³³⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 63.

³³⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 224 (destaque no original).

³³⁷ Observação interessante sobre o efeito geral e abstrato é a de João Luís Fischer Dias, quando argumenta que é justamente a vinculação do dispositivo da ementa que origina uma súmula, que confere a ela estas características, uma vez que se a identidade com o caso fático estivesse no bojo do acórdão primário, quando em contraste com o novo caso concreto, haveria a necessária fundamentação de cada decisão: “a tendência da adoção no Brasil do *efeito vinculante*, como se fizesse às vezes de uma lei produzida pelo Poder Judiciário, com o caráter geral e abstrato, parece ter se manifestado na recente lei que regulamentou a ação direta de inconstitucionalidade e a declaratória de constitucionalidade, quando previu a publicação no Diário Oficial tão-somente da parte dispositiva da decisão (comando sentencial), suprimindo-se, por conseguinte, o inteiro teor da decisão, em que se encontram os fatos e os fundamentos do julgado” (DIAS, João Luís Fischer, op. cit., p. 70). Por outro lado, viu-se que nem toda súmula é baseada em acórdão antecedente a ela. Acrescente-se que o argumento desenvolvido por este autor se assenta na maior ou menor amplitude do texto sumulado (no caso) para com casos concretos.

Ainda que se saiba que António Castanheira Neves se ocupa da intenção prévia dos construtores do extinto assento em utilizá-lo como efetivo instrumento legislativo, vê-se proveito na construção de raciocínio que este autor desenvolve para justificar o efeito abstrato daquele instituto:

[...] sabemos que o *assento* se desvincula, na sua formulação, do caso jurídico concreto que esteja na origem dele e que passa a vigorar sem concreta ligação a esse caso – apenas como norma que se impõe na autonomia formal do seu próprio e abstracto conteúdo [...] E assim, desligando o *assento* do caso concreto, subtrai-se ele não só à influência desse caso (nos seus concretos limites objectivos e intencionais) como inclusivamente da casuística sempre viriam no sentido de alterações ou substituições correlativas aos renovados critérios jurídicos por ela assimilados³³⁸.

A todo caso que envolva uma dada lei A aplica a súmula A.1 (interpretação de A). O problema reside justamente no enquadramento da matéria fática em A.1. Isto porque os elementos componentes da estrutura factual modificam a interpretação para um ou outro sentido. Assim, ou caso concreto repele o texto sumulado ou encontra nele identidade, de acordo com a interpretação que se dá a ele e este relato reflete o mecanismo encontrado pelo TST para afastar a incidência de uma ou outra súmula como se viu no item 2.2 deste trabalho.

Dando seguimento ao exemplo acima, o juiz de primeira ou segunda instância pode interpretar no sentido A.1, A.2, A.3 e outros, e o direito do trabalho brasileiro permite que ele assim haja, mas uma vez provocado o TST, o entendimento é modificado para A.1, de acordo com previsão sumulada. A questão está em dizer se a interpretação dada ao caso concreto condiz com a interpretação preconizada em súmula e, se é aplicável, portanto, tal súmula ao caso concreto. Resta saber se ambos (caso concreto e súmula) partilham das mesmas circunstâncias que desaguiariam num raciocínio lógico comum. Sempre que o caso concreto se moldar ao entendimento sumulado, à luz do julgador, este àquele se aplicará e aí se reconhece o efeito abstrato da súmula. Idêntico procedimento dá-se entre uma matéria fática e uma lei.

A distinção que se observa entre uma súmula traçar uma interpretação estanque a se encaixar em um caso concreto e uma lei que antevê e direciona o mesmo caso

³³⁸ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit., p. 228. O autor retoma a mesma idéia à página 644 (Ibidem).

concreto de acordo com sua prescrição, a se dizer que *a súmula se molda ao caso concreto e o caso concreto se molda à lei*, não está na intensidade do efeito *abstrato*, mas na execução do efeito *normativo* desta em seu poder de inovar na ordem jurídica.

Na seara trabalhista, entretanto, há uma peculiaridade digna de atenção. À luz do direito do trabalho e baixo a égide do princípio da proteção, vê-se a incidência do sub-princípio da norma mais favorável. No universo das normas primárias ou secundárias cabíveis a uma situação determinada, sopesado o alcance de normas específicas, como a convenção coletiva de trabalho, elege-se a que mais favorece o trabalhador, quando assentado o conteúdo normativo sobre o caso concreto específico. Verifica-se, neste panorama, que nesta justiça especializada, o *concreto* e o *abstrato* estão, à primeira análise, sujeitos a uma aproximação³³⁹. O que ocorre, em especial no caso de normas temporariamente limitadas e materialmente pontuais - repise-se o exemplo da convenção coletiva de trabalho - é, na verdade, uma especificidade da abstração, que não deixa de ser abstrata³⁴⁰. A fonte contratual pode ser mais próxima, sim, do caso concreto, no exemplo em tela, por delinear uma amplitude de previsões mais favoráveis e exigíveis (como norma que é) que direcionam o vínculo contratual a um dado sentido.

Quanto ao aspecto da generalidade, a súmula (mesmo interpretativa) é tão geral como o são as normas primárias e secundárias³⁴¹, por abranger a totalidade dos

³³⁹ Mesmo se referindo ao assento português, Jorge Miranda vê, de fato, uma aproximação entre o concreto e o abstrato no que tange àquele instituto, fato este que culmina em uma opinião parcialmente contrária a que ora se desenvolve: “Tem o assento eficácia ambivalente: concreta e particular na acção que determina; abstracta e geral em todas as ações pendentes ou a propor; [...]” (MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 203).

³⁴⁰ Para António Castanheira Neves, no caso de contradição entre leis, afasta-se da característica da abstração e aproxima-se do caso concreto: “[...] na própria questão dos critérios para a resolução das antinomias se mostra que o problema da unidade do sistema ou da ordem jurídica só ilusoriamente se poderá pensar em termos de o vermos susceptível de uma solução pré-determinada e em abstracto. Pois é ele também um problema material que não podemos dispensar-nos de ponderar em concreto. O que a consideração dos tipos de antinomias flagrantemente corrobora” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 264).

³⁴¹ Registre-se que Arnaldo Vasconcelos é contrário à identificação da generalidade como característica da norma, assim como a abstratividade, a imperatividade, a coatividade e a permanência (p. 133 a 147) e denomina outras que julga serem corretas: bilateralidade, disjunção e sanção (p. 150 a p. 161), argumentando o que segue: “A consideração da generalidade em termos de situações particulares está a revelar, precisamente, o contrário daquilo que se afirmou. Demonstra-se, assim, que de fato as normas são especiais e individualizadas, a exemplo daquelas que disciplinam as profissões

componentes de um grupo a que se destina³⁴². Veja-se que normas primárias podem ser específicas para determinadas categorias profissionais (Decreto-Lei n. 972/69, que regulamenta o exercício da profissão de jornalista, por exemplo), o mesmo ocorrendo com as secundárias (convenções e acordos coletivos, por exemplo) e súmulas (como as *stricto sensu* de números 140 - vigia, 157 - vigilante, 346 – digitador e 351 - professor, por exemplo), sem que percam, entretanto, a amplitude que as classifica como preceitos gerais³⁴³.

Reitere-se que se um ato geral é abstrato e obrigatório não significa dizer que ele possui, necessariamente, função de lei. No caso da súmula interpretativa, ausente está o *animus* legislativo, mesmo porque a generalidade, a obrigatoriedade e a abstração não conferem a ela uma regra de conduta, de ação-tipo, por mais abrangente a interpretação que lhe possa incidir. A súmula destinada a cumprir seu ofício padrão tem, com todas as características relatadas acima, função de súmula.

Conotação semelhante é a de Eros Roberto Grau, pois, ao conceituar norma jurídica, argumenta que para que seja classificado como tal, o objeto deve ser, além de abstrato e genérico, inovador:

A introdução do conceito de função normativa supõe a colocação de duas premissas: 1ª) a norma jurídica constitui *um elemento essencial do ordenamento jurídico*; 2ª) a norma jurídica consubstancia inovação de preceito primário no ordenamento jurídico [...] Isto posto, conceituaremos a norma jurídica como *o preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico*³⁴⁴.

liberais e das que impulsionam a atuação administrativa do Estado (p. 134). [...] Com efeito, a especialidade, e não a generalidade, é a condição que se impõe à norma jurídica em face da realidade atual. Mas, mesmo assim, não é característica dela, porque não diz a respeito de sua essencialidade.” (p. 136) (VASCONCELOS, Arnaldo, op. cit., p. 133-161).

³⁴² CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 63.

³⁴³ Neste diapasão, adverte Sérgio Sérulo da Cunha o que segue: “Generalidade não é o mesmo que universalidade. A lei é posta ao conhecimento e observância de todos, ainda que seus destinatários não sejam todos. O juiz de direito, o promotor de justiça, os pais, os membros do conselho tutelar têm um referencial de comportamento na lei cujos destinatários são apenas os menores. É pois diversa (bipartida em mediata e imediata), sob este prisma, a eficácia da lei, quer se esteja ou não incluído no grupo ou categoria implicado em seu preceito” (CUNHA, Sérgio Sérulo da, op. cit., p. 14).

³⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto* ..., op. cit., p. 177-178 (destaques no original).

Assim e pelo que se depreende da assertiva ora desenvolvida, a súmula regular, legítima, tem natureza diversa de um ato normativo (obrigatório, geral e abstrato) – este, na categoria de regra jurídica - mas, sim, afigura-se, como um ato interpretativo (obrigatório, geral e abstrato) – esta, na categoria de instrumento hermenêutico.

Já a súmula legislante é, sim, ato normativo (obrigatório, geral e abstrato) e guarda justamente no conceito de normativo todo seu diferencial em relação à súmula regular, na função ilegítima e anômala de ditar direito novo³⁴⁵.

Neste ponto, inverso é o entendimento de António Castanheira Neves que, analisando os assentos sob um ângulo de ferramentas entre um interesse (normatizar) e o resultado (a própria norma) não crê ser possível conceber tal instrumento (o assento, especificamente, e somado à intenção normativa que o autor lhe imprime), de eficácia geral e futura, sem o caráter normativo:

[...] mesmo que se negasse à vinculação característica dos precedentes obrigatórios o carácter normativo – e só seria possível negar-lhes esse carácter, se o ‘normativo’ em geral se reduzir a ‘normas’, em sentido estrito e formal, o que também não será jurídica e cientificamente exacto ou sustentável -, sempre ficaria de pé a confusão entre os *assentos* e os precedentes obrigatórios. Mas não: os *assentos* têm formalmente, intencionalmente e eficazmente uma natureza normativa. São normas formalmente, e a sua intenção e eficácia são as de uma prescrição normativa: a imposição de um critério jurídico para uma aplicação geral e futura³⁴⁶.

A despeito disso, o pré-citado autor, ao dar nota às características dos assentos para localizá-los como uma prescrição legislativa, exalta, paralelamente à generalidade, à obrigatoriedade (vinculação normativa direta) e à abstração, a peculiaridade daqueles em criarem, ao menos potencialmente, o direito, do que se

³⁴⁵ À título de comparação, António Castanheira Neves, ao tratar dos agora extintos assentos portugueses (que não se confundem com os antigos assentos da Casa da Suplicação, pois se tratam de objeto da reforma processual portuguesa de 1926 e expressamente previstos no Código de Processo Civil português de 1939) observa que estes instrumentos, embora advindos de soluções concretas dos tribunais (em clara referência à posição reiterada de julgados), valiam “*para futuro como preceito normativo geral e abstracto e dotado de ‘força obrigatória geral’.*” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit., p. 273-274. Grifo no original).

³⁴⁶ Ibidem, p. 282.

extraí que, no mesmo diapasão do raciocínio traçado neste estudo, reconhece-se a necessidade de que eles expressem uma *função* de lei³⁴⁷.

Antônio Álvares da Silva diferencia súmulas de leis, ao argumentar o que segue:

Nos termos do art. 5º, II (da Constituição Federal), só a lei obriga. As súmulas não podem ter a mesma força. (...) Ora, súmula não é votada pelo parlamento, nem muito menos é expressão da vontade geral e da soberania. Tem uma pretensão bem mais modesta. Não é invasora das atribuições do Legislativo. Trata-se tão-só de interpretação cristalizada dos tribunais sobre uma lei ou alguns de seus dispositivos que, pela repetição, se tornaram constantes³⁴⁸.

O problema não observado por Antônio Álvares da Silva em relação às súmulas, é que o é diferenciado do que deveria ser³⁴⁹. Assim, da afirmativa de que toda súmula deveria ser interpretativa, pergunta-se: toda súmula é? A resposta é obviamente negativa. A súmula legiferante, ao contrário da interpretativa (como toda súmula deveria ser), assume sobremaneira uma linguagem deôntica³⁵⁰, ao portar consigo a característica de emanar regras gerais e abstratas.

O Ministro Carlos Velloso, Relator da ADIn 594, seguindo a linha de raciocínio do que *deveria ser*, afiança argumento de interesse:

No Brasil, para que a Súmula pudesse adquirir feição de norma geral, na linha do pensamento kelseniano, seria preciso que a constituição e não norma infraconstitucional a tornasse obrigatória. Quando Kelsen se refere à decisão judicial com caráter de norma geral, assim o

347 “[...] *modus* geral e abstracto (a generalidade relativamente aos sujeitos da ordem jurídica e a abstracção relativamente aos casos concretos da decisão) [...] a vinculação normativa geral (*rectius*, vinculação normativa directa e universal) e ainda o possível conteúdo jurídico-materialmente inovador [...]” (Ibidem, , p. 398).

348 SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 72-73.

349 Não há, aqui, qualquer intenção em se parodiar a teoria kelseniana ou mesmo a construção frasal de Antônio Castanheira Neves, que embora trate, no tópico em referência, da construção normativa dos *assentos* a partir de uma *intencionalidade sistemática*, chega a raciocínio semelhante ao ora exposto (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’* ..., op. cit., p. 288-289).

350 “Toda linguagem deôntica tem um conteúdo imperativo, que se manifesta na obrigatoriedade. Seus funtores básicos: ordenar, proibir e permitir servem a este propósito. Mesmo no caso da permissão, em que não se pode falar em uma ordem, mas em uma concessão, a idéia permanece implícita, portanto, se houve pelo legislador a permissão taxativa, é porque existia uma resistência anterior que foi rompida. Houve, pois, compulsoriedade contra uma dada resistência” (SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 134).

faz no pressuposto de ter sido o tribunal investido, legitimamente, de competência para tal [...] ³⁵¹.

Um aspecto é pugnar pela legitimidade do ato legislativo, como feito na sentença acima; outro, diverso, é constatar a existência de súmulas que assumem a função ilegítima, mas inegável, de ato normativo, tema basilar deste item 3.1.

Sobre o ato normativo, este possui, principalmente quando promove uma composição de norma primária, um caráter político; não necessariamente uma intenção política, mais um efeito desta qualidade, quando cria, modifica e extingue realidades normativas. Da mesma forma, a súmula legiferante, atuando nas mesmas condições, ainda que com maior afinco e liberdade que um ato normativo regular, rememore-se, revestir-se-á da redoma política. Por mais justificativas que circundem esta prescrição política, política ela será.

Oportuno o argumento de Sérgio Sérulo da Cunha:

[...] enquanto a atividade jurisdicional é sempre vinculada, as opções políticas não se prendem a quaisquer normas, senão a critérios de conveniência e oportunidade, ainda que levem em consideração fatores e circunstâncias de natureza ética, religiosa ou jurídica. É política, por isso, toda decisão de órgão jurisdicional que, afastando as normas e princípios jurídicos incidentes na espécie, invoca argumentos de conveniência, de oportunidade, ou aquilo que se convencionou designar como razões de Estado ³⁵².

Contudo, não é escopo deste trabalho avaliar o interesse do colegiado criador de determinado entendimento sumulado ³⁵³. Tal investigação seria, aqui, de suma relevância, pois ainda que não se tenha tido o intuito de destinar a súmula à atividade legiferante, esta pode, sim, ocupar este posto e neste íterim sua função estará desenhada.

³⁵¹ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 22-23.

³⁵² CUNHA, Sérgio Sérulo, op. cit., p. 194.

³⁵³ Diverso é o trabalho de António Castanheira Neves, que se preocupa objetivamente com a finalidade legislativa da criação dos assentos portugueses: “Não obstante a lei, tiveram-se por necessários os *assentos*: é que com estes não se pretendeu inserir no sistema mais um tipo de normas que houvesse de sofrer o mesmo destino dogmática e metodologicamente jurídico de quaisquer outras normas do sistema, e sim impor antes um instrumento que pusesse termo à liberdade ou independência dogmática e metodológica de que as outras normas se mostravam objecto e são susceptíveis.” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 114-115).

Traçando um comparativo aparentemente distante, mas de importância elucidativa, observe-se a seguinte analogia com um tópico da teoria da biologia evolutiva³⁵⁴: localizada no topo da hierarquia da *evolução* das súmulas está a súmula legiferante, representada como o alcance ou ao menos a aproximação da auto-suficiência do Poder Judiciário na criação e aplicação das mesmas normas que cria. É fato, porém, que tal evolução pode causar uma *involução* no direito como um todo, sob o prisma do sistema jurídico vigente.

Recorde-se que neste panorama da teoria da evolução, não se discute o “acaso” *versus* a “intenção”, posto que haveria o ingresso na existência ou não de um interesse político na *mutação* de súmulas³⁵⁵.

Mesmo na biologia evolutiva o “acaso” e o “destino” (leia-se a intenção, independentemente de quem a tenha) travam duelos seculares. Atualmente, a idéia da evolução intencional está superada³⁵⁶, mas, assim como as voltas e voltas na evolução do direito, nada impede que ela retorne à baila.

Nestas transições de paradigmas, afirmar que a transformação de súmulas na forma em que se apresentam hoje obedece a uma finalidade que as predispõe, a exemplo do político, é forçar que se tome como correta uma mera suposição, ainda sequer consolidada em teoria.

Cabe constatar que a *mutação* de súmulas do TST efetivamente ocorreu e, por conseqüência, coibi-la, pois ela não só destoa da realidade jurídica atual, como a prejudica, na medida em que busca derrubar seus pilares mais firmes.

Agora, quando (e se) aquilo que é tido como *anomia* alcançar a supremacia, o seu espaço na seara do direito, estar-se-á (seja nesta geração ou para gerações vindouras) diante de um aparato jurídico de uma outra *Era*.

Uma *nova Era* pode dar seu primeiro passo a partir de uma aproximação ou até moldar uma verdadeira identidade entre o sistema da *civil law* e a *common law*, sem

³⁵⁴ Sem que haja a pretensão de se tecer argumentos lacônicos ou irônicos sobre o tema.

³⁵⁵ Esta expressão (“mutação”) também é empregada por António Castanheira Neves para se referir à função anômala que se incorporou aos assentos portugueses (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 32).

³⁵⁶ Base da teoria de Aristóteles sobre a “causa final” e a do teólogo Pierre Teilhard de Chardin, por exemplo. (GAARDER, Jostein. *Maya*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 80-82).

que se possa, todavia, afirmar se tal quadro seria, de fato, pernicioso, ou não mais nocivo que uma mudança de arcabouço jurídico amparado também por fortes preceitos.

Antes de que se apresse uma resposta a esta questão, é preciso denotar se o modelo da *súmula legiferante* realmente se afasta do sistema da *civil law* e se aproxima, por conseguinte, do da *common law*.

O *Stare decisis* da *common law* estadunidense, instrumentalizado pelo precedente (este também presente no direito inglês), pode ter dois efeitos: o meramente persuasivo e supostamente vinculante e, por uma questão de interesse da matéria, há de se voltar o foco desta análise exclusivamente ao segundo modelo.

A referência à suposta vinculação do precedente é destacada em razão de que a obrigatoriedade de sua adoção resumir-se-ia à *ratio decidendi* do julgamento. Esta é a posição de Alf Ross:

A doutrina atualmente objeto de reconhecimento geral, denominada *stare decisis* pode ser sintetizada como segue: 1) Um tribunal é obrigado pelas decisões dos tribunais superiores e na Inglaterra a Câmara dos Lords e a Corte de Apelações estão obrigados por suas próprias decisões. 2) Toda decisão relevante pronunciada por qualquer tribunal constitui forte argumento passível de pleitear respeitosa consideração. 3) Uma decisão somente é obrigatória com respeito a sua *ratio decidendi*. 4) Um precedente não perde vigência, embora os precedentes muito antigos não sejam, em princípio, aplicáveis às circunstâncias modernas³⁵⁷.

Completa o autor em evidência, admitindo a fragilidade do poder vinculante dos precedentes, que os juízes do regime da *common law* (tanto do sistema norte-americano como do inglês) não são, em síntese, obrigados pela jurisprudência, como sugere a rigidez hierárquica da *civil law*³⁵⁸. Alf Ross, aliás, ao conceber o conceito de *ratio decidendi*, dá o veredito quanto à sua importância:

[...] ao determinar o princípio básico de um caso, o juiz não se encontra obrigado pelas declarações feitas pelo juiz que o decidiu; considera-se que o segundo juiz tem direito de interpretar a decisão à luz de sua própria razão [...] mesmo quando o juiz não deseje discutir a *ratio decidendi* de um precedente, lhe é possível distinguir o caso presente do anterior. As circunstâncias efetivas nunca são idênticas. O próprio juiz aquilata quais entre elas são relevantes e pode eludir um precedente citado se sustentar que num aspecto ou outro o caso

³⁵⁷ ROSS, Alf, op. cit., p. 112-113.

³⁵⁸ Ibidem, p. 116-117.

em pauta difere do anterior, de modo a não ser obrigado pelo precedente. Por conseguinte, a doutrina de *stare decisis* não passa, na realidade, de uma ilusão. Trata-se de uma ideologia mantida por certas razões com o intuito de ocultar aos seus propugnadores e aos demais a livre função criadora do direito detida pelos juízes, e transmitir a impressão falaciosa de que estes apenas aplicam o direito existente, o qual pode ser determinado em virtude de um conjunto de regras objetivas como indica a doutrina de *stare decisis*³⁵⁹.

Seguindo o mesmo diapasão, Alvacir Alfredo Nicz, especificamente quanto ao direito estadunidense, acrescenta que “os Tribunais Supremos, tanto dos Estados Unidos como e cada um dos seus Estados, não se consideram vinculados a seus próprios precedentes”³⁶⁰.

De fato, um dado precedente pode deixar de ser aplicado pelo juiz, sempre que este verificar, por amplo convencimento, que os casos (o do precedente e o concreto) não são semelhantes, ou ainda quando o precedente se mostrar, aos seus olhos, *unreasonable and inconvenient*³⁶¹; é importante justificar que o citado procedimento não se confunde com o afastamento de súmulas que o TST promove a alguns casos concretos para não aplicá-las, por se configurar franca exceção, como visto no item 2.2.

Diante de tal perspectiva, António Castanheira Neves aponta a fragilidade de se coadunar um caso concreto à *ratio decidendi* de um precedente: “Também aí do que se trata é de saber (e de como saber) se a ‘semelhança’ entre os dois casos – o regulado na norma e o decidendo – sobreleva a sua diversidade ou se, ao invés, a diversidade sobreleva a semelhança”³⁶²⁻³⁶³.

Vê-se que, contrariamente às súmulas do TST, legislantes ou não, os precedentes não vinculam, nem pela *ratio decidendi*. Só se aplica o precedente se o juiz assim desejar, caso em que serve como justificativa da decisão em um determinado sentido, fato este que afasta por si só a obrigatoriedade de seu acolhimento. Serve o precedente de fundamento a um magistrado em um julgamento,

³⁵⁹ Ibidem, p. 113/115.

³⁶⁰ NICZ, Alvacir Alfredo. *Estudos de direito administrativo*. Curitiba: JM, 1995. p. 49-50.

³⁶¹ Desarrazoada e inconveniente (tradução livre do autor).

³⁶² NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit., p. 61.

³⁶³ No mesmo sentido Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999. p. 172-173) e Evandro Lins e Silva (SILVA, Evandro Lins e, op. cit., p. 112).

mas nada impede que este fundamento de maneira diversa daquela que consta no precedente anterior.

De outra sorte, João Luís Fischer Dias, por sua vez, estabelece uma vinculação mínima, quase simbólica, do precedente:

Basta que somente um ponto específico do caso anterior seja objeto de vinculação, considerado então como ponto similar, passando a ser adotado como precedente. A própria definição da similitude do caso anterior, ou a distinção do mesmo em relação ao caso atual, bem como a sua maior ou menor abrangência, dependem sempre do entendimento do juiz, que poderá adotar um caso de menor semelhança (valendo-se da analogia) em detrimento de um de maior semelhança, para consagrar o espírito dos tempos, ou visualizando o bem-estar social³⁶⁴.

Registre-se, ainda, que autores como Saulo Ramos³⁶⁵ e José Wilson Ferreira Sobrinho³⁶⁶, limitam-se a afirmar que os precedentes da *common law* vinculam.

Quanto à não vinculação dos precedentes da *common law*, Lenio Luz Streck segue os primeiros passos no mesmo sentido do raciocínio ora desenvolvido³⁶⁷. Entretanto, este autor reconhece que há uma verdadeira aproximação entre a *civil law* e a *common law*, por conta do que denomina de *jurisprudência criativa*, estimulado pela corrente da hermenêutica crítica de que faz parte e, por isto, traça as seguintes considerações:

[...] embora mesmo na atualidade, existam (ainda) diferenças profundas entre as duas famílias jurídicas, *também é verdadeiro que até nos sistemas de civil law constata-se o aparecimento do fenômeno caracterizado pelo aumento da criatividade da jurisprudência*. Restam, sem dúvida, certas diferenças de grau. Há vários anos, ocorre poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se de igual maneira sobre o plano do ordenamento judiciário e do Direito Jurisprudencial³⁶⁸.

³⁶⁴ DIAS, João Luís Fischer, op. cit., p. 20.

³⁶⁵ RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 156-157, jan/mar 1996.

³⁶⁶ FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. O *stare decisis* brasileiro. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 91, mar. 1996.

³⁶⁷ “[...] no Direito norte-americano as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, antes, para solver as disputas entre os litigantes. A utilização do *precedent* em casos posteriores é uma decorrência incidental. A doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega a decisões passadas” (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 260).

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 234.

Ao se tomar a afirmativa de Lenio Luiz Streck no sentido de que, por *súmula criativa*, compreende-se a possibilidade de se criar, modificar e extinguir direitos, como ocorre no sistema da *common law* em relação aos precedentes (quando e se incidente no caso concreto)³⁶⁹, nota-se que curiosa é tal observação, pois segundo Alf Ross, através dos *restatements* – uma espécie de codificação dos *precedents*, ainda informal – é a *common law* que estaria se aproximando da *civil law* à medida que a citada codificação ganhe, com os passar dos anos, força e autoridade legislativa³⁷⁰.

Nada obstante, antes de se discordar da linha de raciocínio de Lenio Luiz Streck, é necessário observar, para o desenvolvimento dos presentes argumentos, os dois sistemas (*common law* e *civil law*) sob dois aspectos principais: vinculação e capacidade de gerar direito novo.

Ao se abordar a *súmula* eminentemente interpretativa, as diferenças, quanto aos quesitos acima, são evidentes em relação ao precedente da *common law*: a vinculação daquela não se dá de forma frágil, evitável e a respeito de uma *ratio decidendi*, como é o caso deste, pois obrigatório é seu conteúdo objetivo, ao passo que o precedente cria o direito, enquanto aquela tão-somente o interpreta.

Já no caso da *súmula* legislativa, que é tópico de interesse para este item 3.1 e para o 3.2, ela possui um ponto comum com o precedente, que se localiza na possibilidade de conferir prescrição normativa (em ordem primária ou secundária) aos seus textos. Entretanto, quanto à obrigatoriedade, permanece entre ambos os institutos uma diferença marcante: a *súmula* legiferante vincula; o precedente, não.

Neste ponto, aliás, destaca António Castanheira Neves que o precedente sofre a dificuldade prática de equivalência entre a *ratio decidendi* e caso concreto, ao passo que o assento (equiparado, aqui, à *súmula* com característica legiferante, no caso, independentemente da intenção da confecção desta) dita a norma, de forma genérica e abstrata³⁷¹.

³⁶⁹ Na *common law* “o juiz verdadeiramente cria o direito[...]” (destaque no original – SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 39).

³⁷⁰ ROSS, Alf, op. cit., p. 117.

³⁷¹ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit., p. 68-69.

Compreende-se, pelo exposto, que a referida *jurisprudência criativa* possui mais diferença que identidade para com instrumentos do sistema da *common law*, o que impossibilita que tal identidade prevaleça.

Que não se diga, aqui, tampouco, que uma *criatividade* da súmula se faz necessária para o acompanhamento da mobilidade da realidade trabalhista.

O direito do trabalho situa-se na *linha de fogo* do conflito que envolve a lentidão do Poder Legislativo na confecção de leis e a rápida mobilidade das relações sociais. Por este motivo, o TST faz uso de seu limitado, específico e ameaçado poder normativo e, ainda, as relações trabalhistas são oriundas de uma consolidação de leis, e não de um código.

A escusa da morosidade na fabricação de leis e da necessidade do rápido implemento de regras é bem ilustrada por Dalmo de Abreu Dallari, ao identificar a origem da função *legislativa* do Poder Executivo:

Foi no início do século dezenove, com a preocupação de estabelecer limites rigorosos para a ação do Poder Público e de submeter todos os seus atos a regras estritas previamente estabelecidas, que se desenvolveu o chamado ‘princípio da legalidade’ dos atos públicos com a boa intenção de impedir arbitrariedades. Mas a extensão dos direitos políticos a camadas cada vez mais amplas da população, consequência dos movimentos sociais ligados aos processos de passagem para a sociedade industrial e de consequente urbanização da vida social, produziu, entre outros efeitos, maior diversificação dos interesses representados nas casas legislativas e ampliação considerável do número de representantes. Com isso, o processo legislativo tornou-se mais complexo e mais lento. E para superar o impasse criado pela necessidade de grande número de leis e a produção insuficiente do Legislativo, o que ocorreu foi o crescimento do Executivo como legislador, através de artifícios que, aparentemente, preservaram a tradicional separação dos Poderes, que, conforme se lê na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada na França em 1789, era requisito necessário para que houvesse verdadeira Constituição. Na realidade, o que se acabou estabelecendo foi uma contraditória ‘ditadura constitucional’, com o Poder Executivo fixando as regras para seu próprio comportamento, cometendo inevitáveis abusos em prejuízo dos direitos e da Constituição³⁷².

No entanto, não é a súmula a solução adequada e viável para apaziguar a tensão incessante entre o lento texto da lei e a rápida mutação social, e sua *criatividade*, resume-se ao que se pode *criar* pela interpretação³⁷³.

³⁷² DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 162.

³⁷³ Ao se estabelecer, novamente, uma analogia com o instituto dos assentos portugueses, é de grande contribuição o pensamento de António Castanheira Neves sobre o tema: “Assim pensa, com efeito, o

Desta feita, o estabelecimento que se evidencia da *súmula legiferante* não se equipara simplesmente ao precedente da *common law*, pela suposta identidade de uma *jurisprudência criativa*, como assim o quis Lênio Luiz Streck³⁷⁴, pois a obrigatoriedade da adoção daquela lhe confere muito mais força e se firma não como um instituto semelhante ao precedente, mas como um organismo novo (ou antigo, nos moldes do *edictum perpetum* romano ou dos *arrêts de règlements* do *ancien régime* francês) que viria a instituir (ou resgatar) o que se identificou pela *auto-suficiência* do Poder Judiciário.

Conquanto seja possível asseverar que assim já procede o Poder Judiciário, ao menos na seara trabalhista, criando normas primárias e secundárias por suas súmulas, não se pode apressar em confirmar, em absoluto, que esta *nova Era* se apresenta de forma iminente e irresistível, pois o ordenamento jurídico pátrio, como se verá no item 3.2, sana nesta mesma *Era* tal anomalia.

Esta súmula não encontra a paz no sistema jurídico da *civil law* sem que provoque a mutação deste próprio sistema. Enquanto a *nova Era* não chega, ela deve ser excluída da *Era* atual, pois ambos (súmula legiferante e *civil law*) não podem coexistir.

Visto, assim, que o TST edita súmulas como verdadeiros textos normativos com aplicação geral e futura, vincula os demais órgãos do poder judiciário do trabalho, julga as próprias leis que fabrica, afronta conseqüentemente a Constituição Federal e não sofre qualquer espécie de controle, uma vez que a ação específica (ADIn) não alcança, a princípio, estas normas de conduta originalmente alicerçadas em leis preexistentes.

Uma vez provado, contudo, o desvio institucional destas súmulas e a característica autônoma que as sustentam (carreada de todos seus efeitos) sob a

elementar pragmatismo de que nosso instituto tem sido tantas vezes ocasião. Pode ter sido inclusivamente esse pensamento factor relevante, se não decisivo, da sua génese. Mas se um tal pensamento pode bastar para quem ordena, preocupado tão-só com a imediata eficácia, já não pode bastar para quem queira compreender o verdadeiro sentido do que tenha sido ordenado, na objectividade da sua institucionalização jurídico normativa. E daquele modo não se compreende verdadeiramente nada.” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 31).

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*..., op. cit., p. 234.

verdadeira identidade de atos normativos, tal controle constitucional torna-se viável e imprescindível.

Forma-se, por fim, a seguinte reação em cadeia:

Súmulas do TST como atos normativos → controle de constitucionalidade dos atos normativos → controle de constitucionalidade de súmulas do TST.

3.2 SUJEIÇÃO DE SÚMULAS À VIGILÂNCIA CONSTITUCIONAL

Legiferar é legislar, em grau primário, na fiel acepção do termo, e atividade *originária* do Poder Legislativo.

Para discorrer sobre a “*integração ou completude do sistema jurídico*”, entende Antônio Álvares da Silva que é necessário haver, sob o aspecto heterônomo (procedimentos externos), os *costumes*, a *opinião dos juristas* e a *atividade legiferante do juiz*³⁷⁵. Notadamente, a referência à palavra “legiferante” é utilizada, neste contexto, com impropriedade, quanto mais ao se denotar que a intenção do autor foi tão-só apontar a *atuação normativa* do juiz, por intermédio da interpretação³⁷⁶.

Poder Legislativo e Judiciário não compartilham de igual intensidade criativa³⁷⁷. A súmula, contudo, trabalha na linha limítrofe de ambos os Poderes: algumas legislam, outras interpretam. O limite que a *criação* do juiz deve alcançar, na confecção de súmulas, não é o limite que ela efetivamente alcança.

³⁷⁵ SILVA, Antônio Álvares da, op. cit., p. 50.

³⁷⁶ Ibidem, p. 53-55. Posteriormente, o mesmo autor procura explicar o termo “legiferante” e culmina em uma conclusão ainda mais complexa. Ao discorrer sobre a impossibilidade da lei ser muito específica de forma a catalogar detalhes mínimos do cotidiano, pelo risco de pouco servir às relações futuras dadas as mutações do presente, completa Antônio Álvares da Silva que a ela necessita de elementos auxiliares de adequação ao presente, e “dentre esta série de acréscimos à lei, para que se cumpra sua finalidade, destaca-se sobretudo o trabalho da jurisprudência. Os tribunais exercem uma função legiferante de segundo grau. A iniciativa e a edição das leis cabem ao Poder próprio – o Legislativo. Porém sua moldura, para o ajuste à vida, cabe ao Judiciário. Neste sentido, ele é tão criativo quanto o Legislativo.” (Ibidem, p. 70).

³⁷⁷ A palavra “criativa” que, paralelamente à “criação” assume proporções perigosas, dada a extensão de seu significado, remete para o Poder Judiciário o exercício da atividade interpretativa, enquanto para o Legislativo a produção de direito novo.

No cerne da questão, Lenio Luiz Streck classifica as súmulas como *tautológicas*, que reproduzem o texto de lei; *intra legem*, eminentemente interpretativas; *extra legem*, que têm por finalidade restringir a admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores e súmulas *contra legem e/ou inconstitucionais*, que “criam Direito novo”³⁷⁸.

Embora se tenha mencionado, no item 2.5, que a confecção de súmulas *tautológicas* implicam em uma *insatisfação* do colegiado de juízes da instância máxima, face a um tópico da realidade vigente em determinado espaço e tempo, fato é que, a esta altura, tais súmulas não merecem uma classificação à parte, por apenas reproduzirem *ipsis litteris* (aos olhos do observador atual) o que diz o texto de lei. Para tanto, ao contrário da súmula legiferante (embora, também, ela não cumpra o escopo para o qual foi criada, e este é um ponto comum entre ambas), a *tautológica* é inofensiva e, desta feita, não gera conseqüências no ordenamento jurídico pátrio, mesmo porque, neste caso, o fator a obstaculizar a apreciação de recurso à instância superior se assenta no conteúdo legal (art. 896, *a, b e c* da CLT), e não no sumulado (inclusive quanto ao procedimento sumaríssimo, ainda que de forma indireta, por força do art. 896, §6º, da CLT).

A expressão *extra legem* utilizada por Lenio Luiz Streck obedece mais uma opção didática que de conteúdo, com o intuito de classificar as súmulas que admitem ou rejeitam recursos. Nada impede, aliás, que uma súmula *extra legem* seja *intra legem* ou *contra legem*. Esta conclusão é de autoria do próprio autor em pauta que, ao tecer comentários acerca da súmula 400 do STF, admitiu que “pela sua característica, poderia ser classificada, sem muito esforço, como sendo *contra legem*. Porém, para os fins desta obra, metodologicamente pareceu melhor que fosse classificada no grupo que diz diretamente com a admissibilidade recursal de nosso sistema jurídico”³⁷⁹.

A princípio, dessa maneira, seria conveniente dividir as súmulas em *intra legem* e *contra legem / inconstitucionais*, conforme classificação de Lenio Luiz Streck³⁸⁰. Entretanto, tampouco esta denominação merece êxito no trabalho ora desenvolvido. A

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*, op. cit., p. 168.

³⁷⁹ Ibidem, p. 186.

³⁸⁰ Ibidem, p. 168.

fragilidade do termo usado é escusada de antemão pelo autor, ao antecipar a “incongruência da afirmação da existência de Súmulas *contra legem* e (até mesmo) inconstitucionais”, acrescentando que a referência proposta “[...] *tem um cunho metodológico*, para uma melhor apreciação da função dos enunciados sumulares no interior do sistema jurídico brasileiro”³⁸¹. Com efeito, as súmulas inconstitucionais não são necessariamente *contra legem*, a exemplo da que cria uma nova disposição normativa. A investida inconstitucional, no caso, da qual a modalidade *contra legem* é espécie, é a característica legiferante apta a revestir estes instrumentos dos Tribunais Superiores, em especial o TST, ao se valer de atividade legislativa que não lhe pertence nem lhe é constitucionalmente autorizada.

Seria, assim, conveniente a referência a tais súmulas como *súmulas inconstitucionais*? Não, já que a classificação a se pautar é quanto às suas características e não no que respeita ao enquadramento e coerência em relação ao direito brasileiro, por se tratar de consequência. Destarte, as súmulas podem se apresentar como de característica interpretativa, que lhes é peculiar e, portanto, constitucional ou característica legiferante, que lhes é anômala, e, portanto, inconstitucional.

Note-se, por conseguinte, que a súmula *interpretativa* não porta *inconstitucionalidade*, ao passo que a *inconstitucional* sob comento, antes de ser *inconstitucional*, é *legiferante*³⁸² e justamente por ser *legiferante*, sempre é *inconstitucional*.

3.2.1 Inconstitucionalidade das Súmulas Legiferantes

Até então, afirmou-se que toda e qualquer súmula de tribunal superior é dotada de generalidade e abstração e que ao menos as do TST, trazem consigo a

³⁸¹ Ibidem, p. 193.

³⁸² Registre-se que uma expressão conveniente à matéria em discussão é a de António Castanheira Neves, que se referiu aos assentos como instrumentos de *prescrição legislativa* (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit, p. 5).

obrigatoriedade da adoção de seus textos. Acrescente-se, ao ensejo, que a vinculação das súmulas trabalhistas se dá sob eficácia *erga omnes*.

Ainda que se refira aos assentos portugueses, sob uma concepção analógica, opinião divergente é a de Jorge Miranda, que os compreende tão-somente sob a extensão interna ao próprio tribunal emissor, mesmo vinculando os inferiores, e não *erga omnes*:

O assento obriga todos os tribunais judiciais – como tribunais – e não obriga mais nenhum tribunal ou autoridade, assim como não tem por destinatários os cidadãos. Este sentido restritivo extrai-se da própria estrutura do órgão jurisdicional de que promana. A eficácia, que adquire, não pode deixar de ser em tudo análoga à de qualquer decisão judicial para fora dos tribunais³⁸³.

A súmula do TST não se restringe à vinculação indireta dos juízes de primeira instância e dos tribunais regionais e tampouco obriga, diretamente, o próprio TST, senão todas as autoridades e toda a sociedade em matéria objetiva e derivada que diga respeito à competência trabalhista traçada pela nova redação do art. 114 da Constituição Federal a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004.

Nesta cotextura, correto o juízo de José Afonso da Silva ao compreender que basta a obediência obrigatória à previsão sumular, para que ela vincule “[...] não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal [...]”³⁸⁴.

Além da eficácia *erga omnes*, o TST realiza, por suas súmulas, a transmissão da palavra plena e final: plena pela *onipotência* e final pela irrecorribilidade³⁸⁵.

³⁸³ MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 204.

³⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 565.

³⁸⁵ “As decisões do TST são irrecorríveis, salvo as que denegarem mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção e as que contrariarem a CF ou declaram a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, caso em que caberá, respectivamente, recurso ordinário e recurso extraordinário para o STF. O STJ não tem competência para rever decisões da Justiça do Trabalho, como se pode ver pela leitura do art. 105, II e III, que excluem as causas decididas por ela das hipóteses recursais ali indicadas.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 580).

O TST pode versar sobre qualquer matéria que julgue pertinente sem qualquer reprimenda, desde que não contrarie a jurisprudência do STF³⁸⁶ e haja uma referência mínima a qualquer matéria que envolva *relação de trabalho*³⁸⁷, embora nada obste este tribunal de constar em súmula tópicos absolutamente alheios à sua competência, sujeitando esta apenas a repressões pontuais *in concreto*.

Desta explanação, traça-se o mapeamento da súmula *interpretativa* do TST: ela possui *obrigatoriedade*, *liberdade constitutiva*, pois a confecção é de competência do próprio tribunal superior que a aplica, sob a última palavra; *auto-reversibilidade*, pelas mesmas razões e *onipotência*.

A súmula *legiferante*, por sua vez, acresce, ao quadro delineado acima, a característica de inovar na ordem jurídica, de modificar a ordem jurídica preexistente. A súmula deixa de ser a intenção padronizada dos julgadores e passa a ter a função padronizante.

Em evidência está a inércia de um sistema de defesa constitucional que não se alertou para a *mutação* pela qual passou o instituto das súmulas e para resultado que se chegou com o uso deste mecanismo pelo Poder Judiciário, que agora faz uso de um poder que lhe é ilegítimo: o de legislar.

Ao legislarem, súmulas trabalhistas exercem ato de soberania política, estando sujeitas ao controle e limitação do próprio TST, que as institui, e *controle* é a palavra que por hora interessa. Mais do que isso, a *ausência de controle eficaz* é a expressão de ordem.

Dada a relevância com que este trabalho alarma o problema, o sentido a se evoluir para alcançar a assertiva pré-citado, seguir-se-á em linha decrescente, a fim de que, na abordagem das normas inconstitucionais sujeitas à ADIn, veja-se que esta é a única medida para combater as súmulas legiferantes do TST.

Para tanto, é fundamental localizar as súmulas no grau de agressão constitucional que elas produzem, estabelecendo-as como atos normativos

³⁸⁶ Súmula 401 do STF: “Não se conhece do recurso de revista nem dos embargos de divergência, do processo trabalhista, quando houver jurisprudência firme do Tribunal Superior do Trabalho no mesmo sentido da decisão impugnada, salvo se houver colisão com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”.

³⁸⁷ Art. 114 da Constituição.

inconstitucionais destinados à ação direta pertinente a eliminá-las da realidade jurídica brasileira.

José de Albuquerque Rocha elenca três possíveis inconstitucionalidades, no âmbito geral: a) por incompetência de Órgão (exercício do poder não autorizado pela Constituição Federal, seja por incompetência formal, material ou funcional); b) por inobservância de procedimento (deixa de observar formalidades legais); c) por violação de conteúdo (a matéria tratada, em si, é inconstitucional)³⁸⁸. O interessante é que, independentemente da pretensão desta listagem, fato é que a súmula legiferante, como se verá no decorrer deste item 3.1, se enquadra em cada um destes quesitos.

A Constituição Federal autorizou o Poder Judiciário do Trabalho a normatizar exclusivamente no que verse sobre dissídios coletivos. Assim, com exceção desta única hipótese, a edição de normas difusas por órgão do Poder Judiciário, criando, alterando ou extinguindo garantias individuais e coletivas fere, em um Estado democrático de direito, dentre outros³⁸⁹, principalmente os princípios da separação de poderes (funções) e da legalidade, além de disposições constitucionais objetivas, a serem listadas adiante.

É oportuno que se veja, a título de equiparação, como Portugal tratou da inconstitucionalidade dos seus assentos que, por analogia, são comparáveis às súmulas trabalhistas, em particular quanto ao escopo originário de ambos os instrumentos, focado na solução de conflitos jurisprudenciais³⁹⁰.

Esta comparação entre o sistema português e o brasileiro é salientada por Lenio Luiz Streck:

O que aconteceu em além-mar deve(ria) servir como contributo para a discussão da reforma do Judiciário no Brasil. Muito embora as peculiaridades do direito luso, em especial seu sistema de controle de constitucionalidade por um Tribunal Constitucional – *e nesse aspecto a diferença com o direito brasileiro é de dimensão continental* – a discussão *stricto sensu* sobre

³⁸⁸ ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., p. 53.

³⁸⁹ Princípio da vinculação do juiz à lei, por exemplo.

³⁹⁰ “Até a sua revogação em 1995, os *assentos* eram enunciados com as decisões do Supremo Tribunal de Justiça para dissídios jurisprudenciais estabelecidos com maioria qualificada de pelo menos 4/5 dos seus membros” (DIAS, João Luís Fischer, op. cit., p. 64).

o papel dos assentos, daquele país, e das Súmulas vinculantes, daqui, *tem uma similitude que não pode ser desprezada*”³⁹¹.

O ponto congruente entre as súmulas do TST apontadas neste estudo e os assentos portugueses, é a característica, de ambos, da obediência a um mecanismo de incidência a lhes fornecer a permissão *potencial* de legislar e a lhes garantir o gozo *efetivo* de tal atividade³⁹².

É bem verdade que há diferenças visíveis entre os sistemas jurídicos (português e brasileiro) a refletir sobre os institutos sob comento (súmulas e assentos): primeiro, em Portugal há, como adiantou acima Lenio Luiz Streck, um Tribunal Constitucional; depois, a característica da vinculação dos assentos (antiga redação do art. 2º do Código Civil Português) foi *suficiente* para identificação deles como legiferantes.

Embora tenha se verificado, no Brasil, um movimento incidental em sentido semelhante, a ponto de alguns autores considerarem as súmulas como manifestação evidente de ato legislativo, apenas em razão do efeito vinculante³⁹³ (opinião da qual a presente tese não partilha, como visto³⁹⁴, e cujo tema será retomado logo adiante), advirta-se que, em Portugal, o cenário crítico era mais complexo que o que aqui aportou.

Circundava os assentos o elemento “intenção”, “finalidade”, embora se reconheça que, neste caso, o poder vinculante era, sim, um fator crucial para a realização de um interesse dirigido a manipulá-los em um ou outro sentido³⁹⁵. Apontou-se, dessa forma, a capacidade ao menos *potencial* de todo e qualquer assento

³⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 273.

³⁹² Embora extintos os assentos portugueses, o paralelo isonômico entre ambos os modelos foi, por uma opção didática, produzido em tempo presente.

³⁹³ Repise-se o exemplo de Lenio Luiz Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro...*, op. cit., p. 267) e Sérgio Sérulo da Cunha (CUNHA, Sérgio Sérulo da, op. cit., p. 126).

³⁹⁴ Recorde-se que este estudo concluiu, no item 2.2, pela constitucionalidade da vinculação das súmulas que apenas cumprem com a função de interpretar, ainda possam sustentar conteúdo de natureza preventiva, seguindo o modelo dos extintos prejulgados.

³⁹⁵ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’...*, op. cit., p. 334-335.

de legislar, pelo que bastava o ato de obrigar para que se prescrevesse e pudesse ser prescrito direito novo³⁹⁶.

A trajetória dos assentos lusitanos terminou com a declaração de inconstitucionalidade parcial pelo Tribunal Constitucional português, por maioria de votos (Acórdão n. 810 de 7 de dezembro de 1993) em face da violação do art. 115/5 da Constituição portuguesa:

Nestes termos decide-se: a) Julgar inconstitucional a norma do artigo 2º do Código Civil, na parte em que atribuiu aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, por violação do disposto no artigo 115º da Constituição; b) Não conceder, apesar da conclusão antecedente, provimento ao recurso, na medida em que, no caso concreto, a doutrina do Assento de 3 de Julho de 1984 apenas foi aplicada por tribunais judiciais, não cabendo no respectivo processo recurso para o Supremo Tribunal de Justiça³⁹⁷.

José Joaquim Gomes Canotilho fornece aspecto da historicidade do declínio dos assentos, após a decisão acima mencionada:

Os **assentos** eram normas materiais ‘recompostas’ através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação. Hoje, o problema deixou de ter interesse, pois o DL 329-A/95, de 12-12 (Reforma do Processo Civil), revogou os arts. 763.º a 770º do Código de Processo Civil reguladores do recurso para o Tribunal Pleno eventualmente conducente ao assento, e o art. 4.º/2 do mesmo diploma revogou o art. 2.º do Código Civil onde se considerava o assento como ‘fonte de direito’. O TC também já se havia pronunciado pela inconstitucionalidade dos assentos (cf. Ac. TC 743/96, 18-9-96)³⁹⁸.

Desta feita, em Portugal, houve um controle constitucional de modo a obstar a permanência dos assentos em seu regime jurídico, considerados, indiscriminadamente, como elementos ao menos *potencialmente* legislativos.

³⁹⁶ Jorge Miranda, contudo, não partilha desta visão: “[...] nós afastámo-nos do entendimento adoptado pela maior parte dos autores, que se inclinam a ver no assento uma manifestação de interpretação autêntica de lei, uma lei interpretativa. Sem dúvida, não acabamos por situá-lo na categoria dos actos jurisdicionais só porque, como acto legislativo, não seria permitido pela Constituição: seria grosseiro confundir o plano da estrutura com o da validade e o assento não deixaria de ser o que quer que fosse, por se demonstrar inconstitucional; e também talvez não fosse de todo em todo impossível conceber normas legislativas de segundo grau, tal como há diferentes graus de normas administrativas. Porém, a linha que temos seguido desvenda-nos logo no assento uma natureza jurisdicional.” (MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 197).

³⁹⁷ NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*: comentário ao acórdão nº 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 57.

³⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, op. cit., p. 930 (grifo no original).

O Brasil não possui tribunal constitucional, mas, sim, a medida para coibir a prática legiferante por meio ilegítimo e eminentemente defeso por seu ordenamento.

Entrementes, no Brasil, a sujeição das súmulas ao controle de constitucionalidade não é aplicada, isso com base no conceito genérico de que súmulas apenas interpretam e resumem o posicionamento dominante dos tribunais.

Da comparação entre assentos e súmulas, algumas conclusões são dignas de destaque: a) contrariamente ao tratamento dispensado aos assentos, há a discriminação a se estabelecer entre súmulas interpretativas (por cuja manutenção se pugna) e criativas do direito (que se busca, aqui, extinguir); b) há, no sistema jurídico brasileiro, um mecanismo que pode e deve coibir a existência de tais súmulas criativas do direito: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn); c) a constatação do efeito vinculante é insuficiente para se discutir a constitucionalidade da súmula, especialmente se ela cumpre a função para a qual foi criada, a de interpretar.

Quanto a este último item, aliás, reitere-se que este trabalho não visa debater a constitucionalidade do efeito vinculante, por si só, a respeito de ferir garantias constitucionais garantidas a juizes e partes (muito embora uma posição tenha sido tomada no corpo do item 2.2), mas situá-lo como veículo que gera obrigatoriedade à súmula, porte ela função interpretativa, meramente ancilar, porte ela função legiferante.

Há de se atentar para o complemento de Rodolfo de Camargo Mancuso:

[...] tudo parece convergir para a constatação de que, curiosamente, o *verdadeiro problema* se situa na indicação do *diagnóstico* das situações concretas que irão comportar a incidência da súmula vinculativa e, bem assim, em saber de que *modo*, e em que *intensidade*, se dará essa aplicação [...] o que se pode temer é o uso desvirtuado, injustificado ou até mesmo arbitrário que porventura se faça da súmula vinculativa, antes do que o instituto em si mesmo considerado³⁹⁹.

José Joaquim Gomes Canotilho já havia alertado para o problema da instrumentalização das súmulas vinculantes, ao tratar do então projeto que envolvia as súmulas do STF no Brasil (culminado posteriormente no art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004): “se aspirarem (as súmulas) a

³⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 95; 98.

constituir uma forma de *legislatio* com efeito vinculante geral e obrigatório, é difícil compatibilizá-las (salvo credencial constitucional expressa) com o princípio da separação de poderes”⁴⁰⁰.

Sob a ciência de que as súmulas destacadas invadem o âmbito de competência do Poder Legislativo, é justamente a *separação de Poderes* a temática a ser abordada agora.

É mister que se aponte, primazmente, a possível impropriedade do termo *separação de Poderes*; nesta esteira, ainda que Clémerson Merlin Clève direcione seus argumentos na congruência e disparidades de funções legislativas e administrativas⁴⁰¹, traz sua contribuição à matéria:

O poder político é indivisível, teoricamente, porque o seu titular é o povo que não o divide, senão que, em face da ação do Poder Constituinte, atribui o exercício a diferentes órgãos encarregados de exercer distintas tarefas ou atividades, ou ainda, diferentes funções (...) Quando a doutrina tradicional trata pois, do poder, dentro do contexto da célebre teoria que ora se discute, certamente, com esse significante está querendo fazer menção a um órgão estatal autônomo ou a uma função de Estado. Nada mais do que isso”⁴⁰².

Na mesma linha de raciocínio, Eros Roberto Grau trata da *separação de Funções*⁴⁰³, Alexandre de Moraes utiliza o termo *separação de Funções estatais* (ainda que releve o Ministério Público em igualdade de importância em relação aos três Poderes tradicionais)⁴⁰⁴, enquanto António Castanheira Neves aborda a *independência Funcional*⁴⁰⁵.

Ao se fixar, objetivamente, o texto do art. 2º da Constituição, entretanto, vê-se que persiste a manutenção do termo *separação de Poderes*, posto que o dispositivo em destaque fala da independência de Poderes: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A despeito

⁴⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria...*, op. cit., p. 930.

⁴⁰¹ “[...] o que importa salientar é que na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva) já que o governo compreende ações legislativas e administrativas” (CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 30).

⁴⁰² Ibidem, p. 27.

⁴⁰³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto ...*, op. cit., p. 175.

⁴⁰⁴ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 370.

⁴⁰⁵ NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’ ...*, op. cit., p. 16-17.

disso, como exposto acima, o termo *separação de Funções* se firma como o hodiernamente adotado pela doutrina.

Não apenas tal denominação encontra óbice doutrinal como, também, a própria essência e necessidade do princípio da separação de Poderes (Funções) são colocados sob questionamento. Ao focar o parlamentarismo (alemão) como base, Karl Loewenstein afirma que o instituto em referência é uma teoria antiquada:

Un simple vistazo a la forma más corriente de gobierno, el parlamentarismo, hubiera podido convencer a los autores constitucionales de que el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente. Los miembros del gobierno son miembros del parlamento; se ha producido, pues, una integración de estos dos poderes. Sin embargo, es necesario reconocer que no sólo cuenta el hecho de que dogmas arraigados no pueden ser fácilmente descartados, sino que las razones para esta actitud conservadora de las nuevas Constituciones yace en las dificultades casi insuperables de formular la nueva conformación del poder en el texto constitucional. Lo que en realidad significa la así llamada ‘separación de poderes’, no es ni más ni menos que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones – el problema técnico de la división de trabajo – y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el *telos* ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de ‘poderes’, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa”⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷.

No cenário nacional, Rodolfo de Camargo Mancuso procura minimizar a importância da invasão de Poderes (Funções):

[...] a tripartição de poderes, malgrado enunciada formalmente em nosso texto constitucional (art. 2º), hoje responde *menos* a um temor de eventual *invasão* da seara de um Poder pelo outro, e *mais* a uma finalidade *utilitária* de divisão de tarefas ao interior do próprio Estado, que assim almeja melhorar sua eficiência⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 55.

⁴⁰⁷ Roberto Gargarella também critica a tripartição de Poderes (Funções), sob o argumento de que tal prática não corresponde a uma divisão justa da sociedade, pelo que seriam os “frenos y contrapesos” malabarismos para garantir a manutenção de um regime antidemocrático (GARGARELLA, Roberto, op. cit., p. 37-38).

⁴⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 81.

Por outro lado, o princípio da separação de Poderes (Funções) resume, ainda, todo um ordenamento jurídico de base suficientemente forte, pois não passível de abolição sequer por Emenda Constitucional (art. 60, §4º, III, da Constituição).

Não se pode olvidar que a *divisão de tarefas* persiste, sendo adstrita aos limites estabelecidos pela Constituição. Neste panorama, acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello que “[...] as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis”⁴⁰⁹. De fato, a regra da *indelegabilidade* está implícita no já citado art. 60, §4º, III e, especificamente quanto à proibição de delegação normativa infra-constitucional ao Poder Executivo, estampada no art. 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição:

Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I. Ação normativa [...].

Como bem assevera Anna Cândida da Cunha Ferraz, a delegação de Poder só pode ser efetuada quando constitucionalmente autorizada⁴¹⁰. Assim, por exemplo, o Poder Executivo encontra a *delegação legislativa* de seus atos normativos *autônomos* no art. 49, V, da Constituição⁴¹¹.

Naturalmente, quando tal permissiva não ocorre, verifica-se a franca invasão de competência. Com respeito a isso, completa Evandro Lins e Silva que “a independência recíproca dos Poderes pressupõe, como é óbvio, que cada um deles exerça uma função exclusiva; caso contrário, haveria superposição funcional”⁴¹².

A ação *legislativa* do Poder Judiciário, em particular a do TST em dissídios individuais, é notoriamente ilegítima⁴¹³ e flagrantemente inconstitucional, já que a

⁴⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 328.

⁴¹⁰ Ibidem, p. 109.

⁴¹¹ O art. 59, IV e o 68 da Constituição fazem previsão das leis delegadas.

⁴¹² SILVA, Evandro Lins e, op. cit., p. 113.

⁴¹³ “Exclui-se [...], irreversivelmente, que todos os poderes ou funções estaduais possam assumir funções legislativas – e isto não apenas para reservar essas funções aos órgãos da representação e responsabilidade política, mas sobretudo (e é esse o aspecto fundamental que queremos sublinhar) para impedir uma total e indiscriminada politização que tornasse ilusórios tanto o limite de direito

separação de Poderes (Funções), garantida como cláusula pétrea pela Constituição, não admite que tais atribuições sejam àquele delegadas.

Que não se diga que a criação *lato sensu* do direito, por súmula, seria possível ao se configurar em previsão *in melius* ao empregado, em obediência ao *princípio da norma mais benéfica*, uma vez que súmulas e normas se tratam (ou deveriam se tratar) de dois institutos diferentes e incomunicáveis, como anteriormente aventado.

Que não se afirme, tampouco, que elementos peculiares trabalhistas como as convenções e acordos coletivos constituem invasão de competência por criarem direito às partes, pois estes configuram fontes contratuais, sob liberdade e limites *infra-legem*.

Ao examinar pontualmente o movimento da análise do direito a partir do conjunto de regras e princípios sobre o positivismo estático, que ainda haveria de eclodir, Fran Costa Figueiredo ressaltou a máxima de que *há leis que não são Direito e há um Direito acima das leis*⁴¹⁴. É certo, há prescrições legislativas informais e ilegítimas que possuem eficácia de lei. Diz-se, dessa forma, que as súmulas *legiferantes* não são leis, no sentido formal da palavra, pois tal concepção e enquadramento é inaceitável ao regime democrático brasileiro, mas, contudo, *estão* leis pelos seus efeitos.

Do ponto de vista *informal*, universo no qual a súmula legiferante está situada, ela *é*, sim, lei; lei esta *ilegítima*⁴¹⁵, porém *eficaz*. A *ilegitimidade* e a *eficácia* dessas súmulas são simultâneas e se entrelaçam.

A *eficácia* em evidência é a mesma eficácia que definiu a lei na *função* de lei e separou a súmula das fontes formais do direito (no item 2.3 deste estudo) e que

como a intenção ao direito que o Estado-de-direito são decerto essenciais. Aqui se insere, com efeito, a exigência da não politização da Justiça, como condição capital do Estado-de-direito e para que os tribunais possam ser o jurídico ‘contrapoder do político’ – contrapoder de *o direito*, que se exerça com fundamento, invocando e realizando o direito” (NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos ‘assentos’*..., op. cit., p. 405).

⁴¹⁴ FIGUEIREDO, Fran Costa. *Metodologia Constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação*. Brasília: Itamarai, 1987. p. 43.

⁴¹⁵ “O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima* [...]” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria*..., op. cit., p. 251).

enquadrou a lei como *norma* geral e abstrata, enquanto a súmula, como *interpretação* geral e abstrata (no item 3.1 deste estudo).

Se *ineficaz* fosse a súmula sob análise, ela não teria o alcance normativo aqui relatado. Se *legítima* fosse a súmula sob análise, ela não culminaria na inconstitucionalidade aqui relatada.

Demais disso, uma questão interessante que surge a partir da invasão de Poderes (Funções), especialmente quanto à competência legislativa, respeita à legitimidade para a execução de tal atividade, e é por esta razão que quando Clémerson Merlin Clève defende o fim da codificação⁴¹⁶ com a conseguinte repartição da atividade legiferante do Poder Legislativo com o Executivo, ainda assim está-se falando em representatividade democrática legítima⁴¹⁷. Nada obstante, o Poder Judiciário, alheio à direta representatividade democrática pode, sim, aproximar a lei à realidade por intermédio dos instrumentos de interpretação e aplicação de princípios que lhe são conferidos. Note-se que esta não é a defesa da manutenção de um formalismo jurídico, mas a defesa de garantias constitucionais.

A ilegitimidade da súmula legiferante, dada a localização no quadro jurídico nacional em que ela se estabelece, por seu turno e de *per se*, a mantém perenemente na ilegalidade que, da mesma forma, estampa o ferimento à Constituição - adiante-se que por todo e qualquer viés a se observar a súmula legiferante, não há como afastá-la da inconstitucionalidade.

Ao se tratar da *ilegalidade* de súmulas do TST, inevitável a remissão confrontante do *princípio da legalidade* que, diferentemente do tratamento todavia dispensado aos princípios do direito do trabalho, não assume, em absoluto, uma condição subsidiária, porque sua invocação exprime determinações constitucionais expressas, tais quais as expostas no parágrafo único do art. 1º, incisos II e LIV do art. 5º, art. 37, *caput* e art. 44, *caput*, da Constituição.

⁴¹⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin, op. cit., p. 55.

⁴¹⁷ “O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado acabou. Ele deve continuar legislando é verdade. Mas a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. Por isso, o Parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo.” (Ibidem, p. 56).

Para Luís Roberto Barroso, o *princípio da legalidade* é o mais apropriado a englobar o *princípio da preeminência da lei* e o da *reserva de lei*⁴¹⁸.

Em relação ao *princípio da preeminência de lei*, conceituado como a primazia da lei sobre atos *sub lege*⁴¹⁹, este é inadequado a refletir *ilegalidade* que aqui se revela, embora seja de utilidade para estabelecer uma intransponível diferença hierárquica entre súmula e lei. Sob um prisma, a súmula legislativa é norma que não se classifica como *infralegal* ou *legal*, por ilegal; sob outro, dentro da característica das normas, ainda que a súmula possa assumir, ilegalmente, tanto função primária ou secundária, o mecanismo que a sustenta garante sua permanência na modificação primária do direito, que pode encampar a condição *infralegal* apenas por caráter circunstancial.

O *princípio da reserva de lei* se firma como elemento de ligação entre a *ilegitimidade* e a *ilegalidade* da súmula legiferante, identificando-a como ato inconstitucional.

A permissiva de se confeccionar normas como atos normativos, medidas provisórias e leis delegadas, em geral, fora do Poder Legislativo não retira, do *princípio da reserva de lei*, sua soberania⁴²⁰, pois a *reserva* ao Legislativo é regra, enquanto as *concessões*, exceções constitucionalmente autorizadas.

Ora, se lei federal (especialmente a CLT) e previsão constitucional são ampliadas, restringidas ou modificadas por instrumento que não se reveste formalmente como uma lei hierarquicamente compatível com quaisquer daqueles modelos, mas materialmente eficaz a ponto de exigir judicialmente cumprimento que fere frontalmente aqueles mesmos modelos, sem que para tanto, receba a vênica do ordenamento jurídico pátrio para assim agir, há a invasão à *reserva de lei* e, de consequência, ao *princípio da legalidade*.

A criação, modificação ou extinção de direitos à margem ou sobre lei federal ou preceito constitucional por atos normativos ilegítimos, baixo a roupagem de súmulas,

⁴¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 168.

⁴¹⁹ “[...] significa que todo e qualquer ato infralegal será inválido se estiver em contraste com alguma lei” (Idem).

⁴²⁰ Entendimento contrário é o de Luís Roberto Barroso. Ibidem, p. 168-169.

agride, sempre, a Constituição, em particular pela violação à *tripartição de Poderes (Funções)* e ao *princípio da legalidade*.

As súmulas legiferantes do TST infringem, objetivamente, os seguintes artigos da Constituição Federal: 1º, parágrafo único⁴²¹; 2º⁴²²; 5º, incisos II e LIV⁴²³; 37, *caput*⁴²⁴; 44, *caput*⁴²⁵; 49, XI⁴²⁶; 60, § 4º, inciso III⁴²⁷, 61, *caput*⁴²⁸ e 64, *caput*⁴²⁹.

421 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

422 Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

423 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

424 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]”.

425 “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

[...]”.

426 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XI – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

427 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III – a separação dos Poderes;

[...]”.

428 “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]”.

429 “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do STF e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados.

[...]”.

Além da objetiva *inconstitucionalidade múltipla*⁴³⁰ e dos princípios supramencionados, os textos sumulados em evidência violam o *princípio da vinculação do juiz à lei* e o *princípio da segurança jurídica*.

Quanto ao último tópico, é pertinente o acréscimo de algumas colocações. O instituto da súmula vinculante direta, cuja teoria foi parcialmente acolhida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 ao aplicá-la ao STF, por enquanto, direciona a *nova* realidade jurisdicional para um suposto incremento da segurança jurídica, na medida em que a interpretação dominante do tribunal superior crava interpretações fixas.

Em paralelo ao combate à *multiplicação de processos sobre questão idêntica*, a súmula vinculante do STF visa proteger a *segurança jurídica*, o que se depreende expressamente do parágrafo primeiro do art. 103-A da Constituição, acrescentado pela Emenda anteriormente aludida:

Art. 103 –A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos de Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

[...]

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia das normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

[...]

Juízes, advogados e partes sabem, de antemão, a linha de pensamento adotada pela Corte máxima. Neste ponto, Mário Gonçalves Júnior desenvolve o seguinte argumento:

É saudável dificultar o cancelamento e a alteração das súmulas em si, porque a sua vulnerabilidade também pode comprometer a segurança jurídica. Isto porque o sistema possibilita relativa certeza da tendência *atual* em havendo súmula, mas não da sua sobrevida num ambiente de pressões sociais, políticas, econômicas etc⁴³¹.

⁴³⁰ “Inconstitucionalidade múltipla é aquela em que a norma ou ato administrativo subconstitucional bate contra mais de um dispositivo da Constituição” (LACERDA, Belizario Antonio de, op. cit., p. 99).

⁴³¹ GONÇALVES JÚNIOR, Mário. A súmula vinculante e a blindagem da jurisprudência. *Jornal Síntese*, São Paulo, p. 6, fev. 2005.

Para José Wilson Ferreira Sobrinho, ao revés, o instituto da segurança jurídica não abarca as conseqüências trazidas pela súmula vinculante:

Um óbice à mutabilidade da súmula, encontrável no discurso jurídico, mormente o de índole dogmática, é a segurança jurídica. Todavia, a tese não colhe. O objetivo da segurança jurídica é a estabilização social dos conflitos materializados em uma lide, estabilização essa que se opera artificialmente através da coisa julgada. Assim, a segurança jurídica nunca será premissa capaz de justificar a imobilidade científica encontrável na súmula⁴³².

Por todo o fundamento que se expôs neste trabalho, concluiu-se que o mecanismo da súmula vinculante, seja direta ou indireta (como é o caso da que advém do TST) firma o estabelecimento da *insegurança* jurídica. Relembre-se que além das súmulas de ofício que se mantêm no regular exercício de interpretação, o TST fabrica súmulas com característica legiferante e julga com base nelas, dando a última palavra sobre a mesma súmula que criou, tudo isto respaldado pela *segurança* de um sistema vinculante indireto, mas infalível, o qual garante a obrigatoriedade de suas prescrições.

Soma-se ao alerta que se confere à *impunidade* dos tribunais superiores, o comentário de Luiz Alberto Vargas e Ricardo Carvalho Fraga: “[...] a criação jurisprudencial concentrada nas instâncias superiores arrosta o sério risco da extrapolação dos limites constitucionais dos poderes do Judiciário, uma vez que o juiz torna-se um legislador sem controle legislativo e um julgador sem revisão judicial”⁴³³.

Viu-se na primeira parte do presente trabalho (item 2) a debilidade da fiscalização das súmulas. Tal debilidade se justifica pelo fato da súmula possuir uma função originária meramente interpretativa. E mais: quando a súmula deixou de ser interpretativa e passou a inovar na ordem jurídica, o arcabouço jurisdicional brasileiro não acompanhou esta mudança.

As *curas* ofertadas (inclusive pela Emenda Constitucional n. 45 às súmulas vinculantes do STF, notadamente no art. 103-A, §2º, da Constituição) são ineficazes e desproporcionais à gravidade da *doença* provocada e alastrada pela súmula legiferante,

⁴³² FERREIRA SOBRINHO, José Wilson, op. cit., p. 90.

⁴³³ VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho. Quais súmulas. *Suplemento Trabalhista*, LTr, São Paulo, n. 16, p. 61, 2005.

que é perniciososa, e muito, ao ordenamento jurídico pátrio e a todo o sistema romano-germânico.

O remédio, contudo, já existe: “A ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) é meio para o controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...], a ser exercido exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado)”⁴³⁴. Existe, mas não é ministrado com a devida cautela, e é da necessidade iminente de sua efetividade que cuida o próximo e derradeiro item (3.2.2).

3.2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade

É de sumo valor reforçar o argumento de que não basta ser uma fonte do direito inconstitucional para que se possa sujeitá-la à ADIn, mas lei ou ato normativo. A título de ilustração, tome-se uma convenção coletiva de trabalho de conteúdo inconstitucional e uma súmula, legiferante, igualmente inconstitucional: ambas são fontes do direito, porém, só a segunda é sujeita à ADIn⁴³⁵.

A razão disso está em um caráter operacional criado e manipulado pelo próprio direito do trabalho, que situa a súmula como ato normativo, e a convenção coletiva como norma secundária.

Permite-se, assim, que a convenção coletiva seja considerada inconstitucional pelo juiz de primeiro grau, pelo colegiado de segundo grau e, finalmente, que o de última instância mantenha o veredicto, mesmo que seja norma obrigatória e tenha efeito geral e abstrato sobre a classe profissional que tutela. De outra sorte, uma súmula pode ser considerada inconstitucional pelo juiz de primeiro grau e pelo colegiado de segundo grau, mas quando alcançar a última e máxima Corte (e certamente alcança, pelo cumprimento de um dos requisitos da admissibilidade dos

⁴³⁴ CUNHA, Sérgio Sérulo, op. cit., p. 71.

⁴³⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, embora ciente da polémica acerca do seu posicionamento, razão pela qual dedica ao tema uma extensa justificativa, aduz que, para o sistema português, “os **contratos e acordos colectivos de trabalho** têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cfr. art. 57.º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria* ..., op. cit., p. 929 – grifos no original).

recursos de revista, que é a contrariedade de súmula, como visto), esta adota o entendimento sumulado.

É bem verdade que a súmula é sujeita a um controle constitucional eventual e avulso *in concreto*, como se dispõe também às convenções coletivas, mas, diante de todo o quadro exposto, isto seria negligenciar e lançar à sorte a amplitude e alcance do problema, em isonomia de tratamento, em especial pela natureza normativa, com a hipotética declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tão-somente em casos concretos, à margem da ação adequada.

É pelo poderio de mácula a todo o aparato jurídico brasileiro que leis e atos normativos (incluídas as súmulas legiferantes) têm, na ADIn, o controle concentrado de constitucionalidade, pelo STF.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 estampa a existência de uma preocupação com a incidência das súmulas vinculantes do STF, ao instituir um mecanismo próprio para a revisão e o cancelamento delas, no parágrafo segundo do art. 103-A:

Art. 103 –A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, aprovar súmulas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

[...]

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

Assim, a súmula vinculante do STF se expõe a um controle do próprio tribunal e mesmo a agentes *externos* a ele, quais sejam, os autorizados à proposição de ADIn⁴³⁶. Entretanto, esta medida comporta a súmula vinculante que atua

⁴³⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

legitimamente no papel de súmula vinculante, destinada a executar a óbvia função interpretativa. Uma vez na seara legiferante, a súmula de tribunal superior é ato normativo federal e escapa daquela fiscalização.

Tem-se, desta feita, que este controle é inócuo quando as súmulas extravasam a característica do instituto que as identifica como tais. A solução trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 pugna por extinguir ou limitar súmulas que deixam de ser desejadas. Súmulas, repita-se, e não normas.

Independentemente da constatação da inoperância do mecanismo acima, interessante é verificar, ainda, que a fiscalização *externa* trazida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 para as súmulas vinculantes restringe-se às súmulas *diretamente* vinculantes, que se identificam apenas com as súmulas do próprio STF. Excluídas estão as súmulas de vinculação *indireta*, como é o caso das criadas pelo TST.

Antes de se apontar somente a ADIn como forma de controle às súmulas trabalhistas de cunho legislativo, é necessário ver se haveria a possibilidade de inibi-las pela *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, prevista na Constituição:

Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

§1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente dessa Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

A *sugestão* de Lenio Luiz Streck (como o próprio autor assim denomina) passa pelo referido caminho, principalmente porque se limitar a aceitar os já mencionados julgados do STF de outrora, quanto ao não cabimento de ADIn para súmulas:

[...] por entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é, efetivamente, um *remédio supletivo* para os casos em que não caiba ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) ou ação declaratória de constitucionalidade, parece ser razoável afirmar que, na hipótese de não se verificar um meio apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata, *há de se entender possível a utilização da ADPF, inclusive para declarar a inconstitucionalidade de uma Súmula*, à

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”.

semelhança dos relativos ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não-cabimento da ADIn, não há como deixar de reconhecer-se a admissibilidade da ADPF⁴³⁷.

Obviamente, pelo que se depreende da própria redação do art. 4º, §1º da Lei n. 9.882/99⁴³⁸, à matéria que cabe ADIn não cabe a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*.

Como um aspecto é o STF não aceitar questionar a constitucionalidade de súmula que, por certo, exerce a função para a qual foi criada (a interpretativa) e outro aspecto é o mesmo tribunal se deparar com súmula que exerce função de lei, a medida a se aplicar ao caso em tela, é a ADIn, e não outra.

É de se destacar que o legislador constitucional, ao permitir que a aprovação, revisão e o cancelamento de súmula se dê pelos titulares legítimos da proposição de ADIn (art. 103-A, §2º da Constituição) já avançou meio passo no controle de constitucionalidade das súmulas. Falta, agora, sujeitá-las à efetiva ação cabível quando derem causa a tal iniciativa.

Embora trace rápido bosquejo sobre o tema e se limite a observar os textos sumulados do STF sob a nova perspectiva dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, em seu recente artigo já mencionado, Manoel Antonio Teixeira Filho acerta a *conclusão*, no sentido de que as súmulas vinculantes podem, sim, sujeitar-se à ADIn; há de se alertar para o fato, contudo, de que não basta a elas terem caráter vinculante para que sejam levadas à inconstitucionalidade, desde que meramente interpretativas. Assim, eis o comentário do autor mencionado:

Publicada a Súmula, na imprensa oficial, o seu acatamento será obrigatório: 1) pelos demais órgãos do Poder Judiciário (Tribunais Superiores, Tribunais Regionais, Varas); e b) pela administração pública, direta e indireta, nas esferas: federal, estadual e municipal. Sob este

⁴³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do Direito. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 513-514.

⁴³⁸ “Art. 4º. A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§1º - Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. [...]”.

ângulo, abre-se, em tese, a possibilidade de as Súmulas dessa natureza serem objetos de arguição de inconstitucionalidade, mediante ação direta, ou em caráter incidental⁴³⁹.

Argumenta Manoel Antonio Teixeira Filho que antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, as súmulas não eram vinculantes e, como para ele - já que, conforme exposto no item 2.2 deste estudo, as súmulas do TST possuem, sim, efeito vinculante - seriam *destituídas de normatividade*, completa com o que segue:

Considerando-se, porém, a possibilidade de, agora, a Súmula ser dotada, em determinados casos, de efeito vinculativo, implica dizer, de caráter normativo, não deve ser considerada absurda a idéia de vir a ser argüida de contrastante com a Constituição da República, seja em ação direta, no STF (controle concentrado) ou de maneira incidental, perante os demais órgãos da jurisdição (controle difuso)⁴⁴⁰.

Diversamente do ponto de vista sustentado pelo autor sob comento, recorde-se que o presente estudo destaca que o efeito vinculante é insuficiente para revestir o texto de súmula com um *caráter normativo*.

Quanto ao controle constitucional difuso, é importante observar que ele não tem o alcance necessário a se extirpar do universo jurídico a súmula anômala para a qual se aponta a inconstitucionalidade, já que não gera coisa julgada em relação ao objeto, mas possui apenas efeitos no caso concreto, *inter partes*, podendo ser modificado tal entendimento por qualquer outro caso concreto, também com efeitos limitados a cada processo.

Ainda que o controle incidental traga a vantagem de se disponibilizar o pleito a qualquer cidadão, diferentemente da restrição que se há para se propor a ADIn (art. 103 da Constituição), tal mecanismo é insuficiente para o saneamento do obstáculo.

Vê-se, pelo que se observou no item 3.2.1, que as súmulas trabalhistas podem ofender – pela potencialidade do instituto - e efetivamente ofendem *diretamente* a Constituição, em confronto com diversos de seus artigos⁴⁴¹, na qualidade de atos normativos.

⁴³⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Justiça do Trabalho..., op. cit., p. 25.

⁴⁴⁰ Idem.

⁴⁴¹ “[...] a colisão da norma ou ato normativo inferior com a norma da Constituição deve ser de natureza material, isto é, deve ser patente a *contradictio* entre as duas normas, pois não transige o

No que diz respeito às súmulas como atos normativos, aliás, é oportuna a revisão da seguinte ementa de acórdão do STF, para que se focalize, principalmente, o argumento lançado no sentido de que as súmulas não seriam equiparáveis a eles, por possuírem características diversas:

Súmula da jurisprudência predominante – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Ato Normativo. Súmula n. 16, do Superior Tribunal de Justiça – A Súmula, porque não apresenta características de ato normativo, não está sujeita a jurisdição constitucional concentrada. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida⁴⁴²⁻⁴⁴³.

Em contrapartida, o próprio Relator do Acórdão que originou a ementa acima, o Ministro Carlos Velloso, havia admitido o conceito de uma *quase-normatividade* da súmula, e sem que levasse em conta, à época, o *requisite* da vinculação obrigatória e da característica legislativa:

É certo que as Súmulas, porque assentadas na jurisprudência predominante, têm uma certa normatividade, têm um sentido quase-normativo, não obstante destituídas de obrigatoriedade [...] Este sentido quase-normativo, entretanto, não lhes empresta o caráter de ato normativo sujeito à jurisdição constitucional concentrada. Esta, vale repetir, somente pode ter por objeto ato normativo puro, ato normativo com as características da lei em sentido material: abstração, generalidade, impessoalidade, obrigatoriedade⁴⁴⁴.

Retoma-se, nesta ocasião, a ideação de que a Constituição Federal faz uso do termo *ato normativo* para identificar o uso não convencional do poder de normatizar, diferenciando-o de *lei* (Art. 102, I, *a* da CF).

positivismo do direito nacional com o que pode ser chamado de ‘inconstitucionalidade sistêmica’, qual seja, aquela inconstitucionalidade que decorreria de choque da norma ou ato normativo subconstitucional expresso com a norma constitucional implícita, essa decorrente do próprio sistema da Constituição.” (LACERDA, Belizario Antonio de, op. cit., p. 99).

⁴⁴² STF – ADIMC 594 – DF – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 15.4.1994.

⁴⁴³ Outros julgamentos trazem decisões semelhantes: ADIn 899 – “[...] Já assentou, porém, o Supremo Tribunal, que Súmula de jurisprudência predominante não apresenta características de ato normativo, sem estar, assim, sujeita a jurisdição constitucional concentrada. Por esse motivo, não se conheceu da ADIn nº 594, em sessão plenária de 19/02/92, Relator o eminente Ministro CARLOS VELLOSO. Nego, portanto, seguimento ao pedido, ficando prejudicado o requerimento de medida cautelar. Publique-se e archive-se. Brasília, 12 de julho de 1993.” (DJ 12.07.1993); ADIn 1.493 – “Por votação unânime, o Tribunal, preliminarmente, não conheceu da ação direta com relação às súmulas de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e, conheceu, quanto aos preceitos questionados na Lei Complementar nº 064 /90, mas indeferiu o pedido de medida liminar. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Ministro Francisco Rezek e, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio”. - Plenário, 26.09.1996 (DJ 06.12.1996).

⁴⁴⁴ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 20.

No item 3.1 objetivou-se mostrar a existência de ato normativo fora do Poder Executivo. Aliás, ou um ato *é* normativo ou *não é*. Não cabe aqui a discussão se o Poder Judiciário é legitimado ou não a compor atos normativos, mas, sim, verificar se efetivamente os concebe.

Agora, o foco concentra-se em ADIn sobre ato normativo fora do Poder Executivo, consubstanciado em súmula, no tratamento dispensado à questão, pelo STF e o que *deve* dispensar.

Tanto pode haver ato normativo fora do Poder Executivo, sob o conseqüente controle por ADIn, que o que se discutiu nas ações de mesma natureza, citadas acima (ADIn 594, 899 e 1.493), gira em torno da súmula *possuir ou não possuir características de atos normativos*, e não se o Poder Judiciário pode ou não confeccionar atos normativos.

Visto neste e nos dois últimos itens (2.5 e 3.1) deste estudo, que as súmulas legiferantes apresentam, sim, característica de ato normativo, há de se denotar que retirado está o impedimento de incidência sobre elas da medida cabível.

Por uma linha de pensamento inversa, obtém-se o mesmo raciocínio: Qual o requisito indispensável a um objeto de análise, para que se subordine ao controle constitucional concentrado em questão? Que seja lei ou que seja ato normativo. Mais do que isso, segundo se extrai de tópico da própria ADIn 594, que se molde às *características de ato normativo*, e estas características a súmula legiferante possui.

Guardadas as peculiaridades do direito português e seu Tribunal Constitucional, o seguinte comentário de Licínio Lopes Martins molda-se à temática em pauta, na medida em que o autor expõe o que se faz necessário ao direcionamento de atos normativos ao controle de constitucionalidade:

[...] o que importa é a qualidade do acto, e não a forma que o contém (conceito ou critério material de norma); por isso, onde exista uma disposição ‘criadora de direito’ constante de um ‘acto normativo público’, isto é, de um acto normativo emitido por um poder público constitucionalmente legitimado, deve ser submetido à fiscalização jurisdicional da constitucionalidade⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ MARTINS, Licínio Lopes. O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 75, p. 643, 1999.

Deveras, é exatamente este o escopo deste trabalho, que se resume na conclusão de que súmulas legislativas são atos normativos e, para tanto, devem se sujeitar ao controle concentrado apropriado e não identificar de forma objetiva as súmulas inconstitucionais - o que se fez em caráter ilustrativo, no item 2.5. Constatou-se, sob uma visão hermenêutica, que as súmulas podem incorporar a ilegítima atividade da criação (*lato sensu*) do direito, pelos exemplos aventados. Tal exegese, sobre a evidência da inovação da ordem jurídica pelas súmulas ali expostas, não necessita ser compartilhada com a dos Ministros do STF, embora não se acredite, aqui, em juízo diverso.

Atualmente, nada, absolutamente nada impede que as súmulas contenham conteúdo normativo. Com fulcro nessa constatação, o que verdadeiramente interessa é a renovação da apreciação do instituto das súmulas, pelo próprio STF, para que se desviem do enquadramento de *meros instrumentos ancilares de lei*, ferramentas que, na análise caso a caso, deixaram, há, muito, de ser *meros instrumentos ancilares de lei* e representam franca ameaça ao sistema constitucional democrático vigente.

A resposta do STF até agora dada às súmulas serve às súmulas⁴⁴⁶, e não a atos normativos que atuam sob a roupagem de súmulas do TST. Atos normativos devem ser tratados como atos normativos.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, ao negar a apreciação de ADIn (n. 594, especificamente) sobre súmula, traz em seus argumentos as mesmas razões que bem servem para que se autorize o controle de súmulas pelo mesmo caminho:

O controle concentrado de constitucionalidade [...] tem uma só finalidade: propiciar o julgamento, em tese, da validade de um ato estatal, de conteúdo normativo, em face da Constituição, viabilizando, assim, a defesa objetiva da ordem constitucional; o conteúdo normativo do ato estatal, desse modo, constitui pressuposto essencial do controle concentrado, cuja instauração – decorrente de adequada utilização da ação direta – tem por objetivo essa abstrata fiscalização de sua constitucionalidade⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade, por impugnar súmula jurisprudencial (impossibilidade jurídica do pedido) e, em consequência, julgar prejudicado o requerimento de medida cautelar, vencido o Sr. Min. Marco Aurélio, que dela conhecia. Brasília, 19 de fevereiro de 1992” (ADIn 594 - STF-pleno, *in* RDA 196/204, p. 8).

⁴⁴⁷ STF-pleno, *in* RDA 196/204, p. 62. Grifos no original.

Na mesma ADIn 594, há doze anos, o voto do Ministro Paulo Brossard previa que rumo poderiam tomar as súmulas (e que já tomavam, na época, muitas do TST), as características que elas viriam a adquirir e a medida coerente em face a elas:

Quanto tempo vigorará a Constituição de 1988? Não sei. O fato é que não pode haver construção estável sobre terreno movediço. Tem faltado tempo para que algumas construções amadureçam e frutifiquem. Volto a dizer que a súmula poderia vir a adquirir as características de um ato normativo, suscetível de ser objeto de ação direta. Tal não ocorreu ou não chegou a ocorrer. É a razão pela qual, com pesar, não posso conhecer da presente ação⁴⁴⁸.

Sob a apreciação do quadro jurídico vigente, provou-se que a súmula pode, sim, ser dotada de conteúdo normativo e, além disso, se vale da vinculação indireta, mas irrefutável de seu texto, para calçar a garantia de sua obrigatoriedade. É neste panorama que o voto vencido do Ministro Marco Aurélio, na já mencionada ADIn 594 é de grande valia para a real expectativa de que a função legislativa das súmulas destina-se a modificar o conceito original que o STF faz, indiscriminadamente, de súmulas:

[...] havendo um preceito vinculando a atuação de órgãos investidos do ofício judicante à súmula da jurisprudência, a ponto de atribuir a esses órgãos, na atuação singular, o trancamento do próprio recurso, a negativa de seguimento do recurso, não se pode deixar de reconhecer a força normativa do verbete [...] Por isso, Senhor Presidente, creio que não se deve, até objetivando uma reflexão maior, trancar esta ação direta de inconstitucionalidade. Creio que é preciso dar-lhe curso, a fim de que o Tribunal a julgue, apreciando, preliminarmente, o cabimento, quando, inclusive, ter-se-á, até mesmo, o advogado do Requerente assomando à tribuna para sustentar a tese⁴⁴⁹.

Ministros como Paulo Brossard e Marco Aurélio deram um grande passo para o reconhecimento de súmula como ato normativo e, assim, objeto de ADIn, quando esta transborda a barreira de seus limites, trajetória que se comprovou por este trabalho.

Quanto aos efeitos de ADIn sobre súmulas, algumas observações são importantes. Embora seja coerente a defesa da nulidade absoluta (*ex tunc*) da lei ou ato

⁴⁴⁸ Ibidem, p.78.

⁴⁴⁹ STF-pleno, in RDA 196/204, p. 28-29.

normativo declarado inconstitucional⁴⁵⁰, é pertinente um apontamento diverso. A simples anulabilidade (*ex nunc*) parece um bom caminho, principalmente pela operacionalidade das súmulas legiferantes, por estarem elas imbricadas num número imensurável de julgados e já terem gerado efeitos que, na prática econômica entre empregados e empregadores, são quase sempre irreversíveis, em especial quando via súmula se concede créditos a trabalhadores.

A consideração de efeito *ex nunc* sobre nulidade absoluta não é estranha à doutrina pátria. Recorde-se dos exemplos dados outrora, do contrato de trabalho do menor incapaz, que é nulo, porém, eficaz⁴⁵¹, bem como da polêmica súmula *stricto sensu* n. 363 do TST (no item 2.5 deste estudo) e sua eficácia parcial aos contratos nulos de servidor público sem prévio concurso.

Inegável, contudo, que ainda que o processo de ADIn seja acompanhado de liminar com efeito suspensivo da súmula, o que é comum e esperado, toda a tramitação ocupa tempo, um bom tempo. Pior se for levado em conta o conhecimento da súmula, a reflexão sobre seu conteúdo, a constatação de inconstitucionalidade, a reunião e a aprovação do órgão colegiado interessado e legitimado a ingressar com a ADIn e a efetiva confecção da peça inicial e distribuição. No interregno desse período, a súmula gera efeitos, pois um sem-número de processos é julgado diariamente no TST e sua utilização é iminente.

Mesmo a criação de uma comissão específica para o controle preventivo da constitucionalidade de súmulas seria uma solução inovadora e, por hora, inapropriada, embora não inviável, pelo dispêndio na mobilização dos participantes, ademais da morosidade, em especial, pela razoável quantidade de súmulas confeccionadas constantemente nos tribunais superiores.

Um caminho tímido, mas disponível, de prevenção de súmula legiferante, repousa em um razoável período de carência de súmula já aprovada nos tribunais superiores (notadamente o TST) para que, dependendo da gravidade da disposição e prejuízo que possa causar um ato normativo desta espécie, haja a análise pelo STF de

⁴⁵⁰ MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 681.

⁴⁵¹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso, op. cit., p. 199-200.

processo sumular *em trâmite*, mas apenas para quem admite tal conjectura, que ocupa todavia um posição minoritária naquele Órgão⁴⁵².

É bom que se rememore que só pode haver ação direta de inconstitucionalidade relativamente a atos normativos posteriores à Constituição de 1988, em obediência ao *fenômeno da recepção*, já que os atos anteriores estariam revogados e não inconstitucionais⁴⁵³.

Nada obstante, o próprio TST consignou a permanência de súmulas anteriores à Constituição de 1988 e, mais recentemente, a Resolução n. 121, de outubro de 2003, deste tribunal⁴⁵⁴, ao cancelar, restaurar, revisar e consignar a manutenção de súmulas revitalizou mesmo as que foram editadas antes da Constituição, já que revistas sob sua égide.

Por todo o exposto, vê-se que este estudo não tem a pretensão de trazer uma novidade *institucional* com o afã de implantar novos recursos à Constituição, de trabalhar com uma proposta de forma a modificá-la, sob qualquer aspecto.

O problema não está nos elementos contidos na Constituição. O problema está no seu mau uso, na ausência de exploração do seu potencial.

A arma com poder de fogo para exterminar o mal jurídico em evidência estava o tempo todo na Constituição, embora pairasse no esquecimento, e ali permanece; pairava no esquecimento, sim, não porque não se encontrava a arma, mas porque não se via a ameaça, que há muito tempo corrói o sistema jurídico brasileiro, a partir de uma *ação* legislativa anômala e ilegítima.

A *ação* se deu com o instrumento que estava disponível ao TST: a súmula. A *reação* também faz uso do instrumento disponível pela própria Constituição ao STF: a ADIn.

Estanca-se, assim, a desenfreada criação do direito por súmulas existentes, e pelas que haverão de existir.

⁴⁵² MORAES, Alexandre de, op. cit., p. 649-650.

⁴⁵³ Ibidem, p. 665-666.

⁴⁵⁴ DJ 19.11.03, Republicado pelo DJ 25.11.03.

4 CONCLUSÕES

O presente trabalho alcança, a partir do raciocínio desenvolvido, as seguintes conclusões parciais:

Tanto as súmulas propriamente ditas, antes denominadas de enunciados, como as orientações jurisprudenciais da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI), são súmulas, sob uma concepção *lato sensu*. Tais súmulas possuem, para a atividade jurisdicional do Tribunal Superior do Trabalho (TST), sob o respaldo do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), isonomia quanto à aplicabilidade e exigibilidade de suas disposições. A exceção entre súmulas e jurisprudências de SDI se faz quanto ao quorum para a confecção e incidência sobre o procedimento sumaríssimo.

É finalidade da súmula pacificar entendimentos controvertidos (unificando a jurisprudência), bem assim evitar, por consequência, a repetição desnecessária de julgamentos a partir da contenção das matérias nas instâncias inferiores, primando, respectivamente, pela segurança jurídica e celeridade processual. O instrumento para se atingir os objetivos supracitados é a *interpretação*, a qual se consubstancia na *função-meio* da súmula.

A atuação *interpretativa* das súmulas não depende, necessariamente, da reiteração de matérias conflitantes, por atuar, também, em caráter *preventivo*, como verdadeiro resgate do escopo outrora destinado aos extintos prejudgados trabalhistas.

Tanto a súmula que reflete a consolidação de jurisprudências homogêneas a anteceder-la quanto a que implica em uma interpretação *nova* são destinadas à aplicação geral e futura, ao tratar de toda e qualquer matéria de interesse do TST - que não invada a competência de outros tribunais e tampouco fira dispositivo direto constitucional, sob pena de eventual repressão difusa *inter partes* - e a moldar os casos isonômicos às suas disposições fáticas. A incidência geral e futura retrata não apenas a

súmula que segue trivial caminho da interpretação (seja esta exegese reiterada ou preventiva), como a que percorre o anômalo percurso da criação normativa.

A localização de matéria inovadora do direito em texto sumulado é facilitada pela fiscalização eminentemente branda que recai sobre ele, exercido pelo próprio tribunal que o edita. Excepciona-se o controle implementado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (com a inserção do art. 103-A, §2º, da Constituição), às súmulas diretamente vinculantes do Supremo Tribunal Federal (STF). O controle das súmulas pelos próprios tribunais é ausente de efetividade, celeridade e constância, o que contribui para o revestimento das súmulas por uma característica de *atemporalidade*, de maneira a perdurarem no tempo até que deixem de interessar à uma dada realidade situada em um imprevisível espaço e tempo. Nada obstante, súmulas cuja permanência, para o tribunal, passam a ser *inconvenientes*, causam efeitos jurídicos por dezenas de anos, conforme data de advento.

O TST elenca, pelas súmulas, formas de procedimento, utilizando-as como instrumentos de, pelo menos, padronização de conduta; enquanto a padronização de conduta identifica as súmulas *interpretativas*, a regra de conduta indica as de cunho *legiferante*.

Mesmo a padronização de conduta das súmulas não implica na coercibilidade *subjetiva* de seu texto, mas, sim, na *objetiva*, isto por intermédio do efeito vinculante indireto, mas, irresistível, de seus textos.

As súmulas do TST são tão vinculantes quanto as súmulas do STF; vinculam, contudo, de forma *indireta* e não *direta*, pela falta de previsão legal neste sentido.

O art. 896 da CLT condiciona a apreciação de recurso à obediência as súmulas *lato sensu* do TST. Mesmo que tribunais inferiores julguem contrariamente ao entendimento sumulado, uma vez provocada a instância máxima trabalhista, cujo estopim, aqui, é o descumprimento da própria súmula, ela a aplica, invariavelmente. A súmula deixa de incidir apenas quando, em última análise, o TST não encontra identidade entre ela e o caso concreto ou, ainda, quando permanece o caso concreto em detrimento da súmula (que é, então, extinta, pois súmula e julgado a ela contrário não podem coexistir) ou, em caráter excepcionalíssimo, quando este tribunal a nega, como nega a uma lei.

O sustentáculo da vinculação das súmulas não se concentra, porém, no art. 896 da CLT, que se apresenta tão-só como uma ilustração do procedimento, já que a súmula *stricto sensu* n. 333 há muito prevê a supremacia da matéria sumulada e, antes mesmo disso, demonstrou-se, no trabalho, o *dever* imbricado no TST de aplicar suas próprias súmulas, pelo que discutir a eventual inconstitucionalidade daquele artigo pouco contribui à questão.

A eventual aprovação do projeto para instituição das *súmulas impeditivas de recursos* (para inserção do art. 111-A da Constituição) em nada modifica o panorama das súmulas vinculantes trabalhistas, já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro.

A esta altura, as súmulas do TST não só se igualam aos extintos prejulgados trabalhistas pela previsão interpretativa, independentemente do embasamento em julgamentos anteriores, mas também pela característica da vinculação de seus textos.

O efeito vinculante da súmula é insuficiente para que ela adquira a característica de *força de lei*, esta que se forma, sobretudo, via obrigatoriedade e eficácia. Aquele instrumento passa a adquirir, sim, a *obrigatoriedade*, mas não a *eficácia de lei* que, para este estudo, não se resume ao campo da *efetividade* ou da *validade*, mas remete à *utilidade*, à *função de lei*, ao menos em escala potencial.

Ainda que obrigue direta ou indiretamente as instâncias inferiores, a súmula interpretativa tem *obrigatoriedade* de lei, mas *eficácia* de súmula.

A *obrigatoriedade* de lei aplicada sobre uma súmula ordinária (que cumpre, portanto, com sua função interpretativa) é incapaz de elevá-la a um patamar normativo.

Na Justiça do Trabalho, permite-se uma limitada ação normativa pela seara contratual (mediante convenções coletivas, por exemplo) e pela seara jurisdicional, a qual coincide com a atuação do poder normativo trabalhista, rarefeita pela nova redação do art. 114 da Constituição, dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Neste trabalho, a explanação para se delimitar o conteúdo e alcance do poder normativo culmina na constatação de que esta prerrogativa é incomunicável com a fabricação de súmulas pelo TST.

É justamente a *função-meio* das súmulas – a de interpretar - que não permite que estas se constituam em fonte formal do direito, ainda que munidas de efeito vinculante direto ou indireto. É bem verdade que a opção por uma interpretação exclui os outros sentidos possíveis de um texto, mas, ainda assim, nada se normatiza em grau primário ou secundário; apenas se interpreta. Por esta razão, o objetivo de demonstrar, dentre outros argumentos, que a *obrigatoriedade* da súmula não deve inovar em *obrigações* jurídicas, mas impor *direções* jurídicas.

Outrossim, constata-se que a súmula não *deve* inovar no direito, mas *pode* inovar; munida de seu efeito vinculante, ela trabalha como aparato disposto a portar tanto o que se interpreta quanto o que se cria.

Eis que se procurou demonstrar, ao longo de dois itens (2.4 e 2.5 deste estudo), a diferença entre o *interpretar* e o *criar*, ademais da linha tênue eventualmente a se situar entre ambas as ações. Para tanto, reconhece-se a incidência da linha hermenêutica *crítica* (em sentido *lato*) como um movimento de pretensão emancipatória de franca ruptura com a hermenêutica *tradicional* e sua importância se localiza primazmente na exaltação da interpretação *axiológica*, que todavia ocupa uma posição subsidiária *na seara trabalhista*, frise-se.

A permanência da interpretação tradicional, como instrumento da hermenêutica correspondente, é fomentada e exigida pela engrenagem jurisdicional brasileira, como a própria hermenêutica crítica reconhece.

À luz da linha tradicional, a *produção normativa do juiz*, que não se confunde com o *poder normativo da Justiça do Trabalho*, trata da *criação* do direito a partir da interpretação e a ela se limita. Faz-se, aqui, o círculo argumentativo para se reencontrar a súmula legítima como refletor da interpretação que delimita e retira a incidência significativa da *discricionariedade política* de um colegiado de juízes.

O juiz é defeso a *legislar* por súmula e mesmo a normatizar em grau *sub lege* que, pelas fontes *estatais*, restringe-se ao poder normativo trabalhista.

O juiz *legisla* e *normatiza* por súmula do TST, amparado por um cenário de impunidade e sob a força de um mecanismo de vinculação que lhe garante a exigibilidade de seu conteúdo.

Além da obrigatoriedade, a súmula em evidência tem, aí sim, *eficácia de lei*, assumindo *função* legiferante. Aspectos como a falta de evidência da ameaça e concretização de ferimento que tal súmula anômala causa à Constituição, e tampouco da sua real classificação jurídica, contribuem para a ausência de seu controle. A única fiscalização pela qual passa a súmula (de cunho legislativo ou não) é o simples crivo do TST. Assim, para que uma súmula legiferante nasça para o mundo jurídico, basta que ela siga o trâmite pelo qual passa qualquer súmula.

A súmula pode, efetivamente, inovar o direito, criando-o, modificando-o e extinguindo-o. Utilizou-se, para tal observação, o mecanismo da *insuficiência*, do *exagero* e da *dúvida* que, amparado, em especial, na esteira da hermenêutica tradicional, não tem a pretensão de se estabelecer como uma nova categoria, senão fornecer tão-somente uma linha didática com o intuito de pontuar onde o sentido se desgarrar com veemência da interpretação - por maior amplitude que ela tenha - e estabelece uma nova conduta e onde não se vislumbra tal evidência.

Súmulas inovam, efetivamente, o direito, como comprovam as exemplificadas no item 2.5 do presente trabalho, expostas junto a outras que se situam na linha limítrofe entre o campo interpretativo e o criativo, cuja remissão a uma ou outra característica depende do observador.

Este trabalho não destaca jogos de interesses manipulações e a intenção dos magistrados de criação de súmulas com conteúdo legislativo, na forma em que rumou o Direito Português em relação aos extintos assentos. Enfatiza-se, outrossim, a possibilidade de se utilizar as súmulas como invólucro de legislação ilegítima e a incontestável utilização para tal fim. Ainda que, do contrário, contestável fosse a legiferação de uma das súmulas ilustradas, de alguma ou mesmo de todas, nada impede que se encontrem outras existentes em tais condições e que súmulas vindouras assumam tal posto. Concluiu-se, até este tópico, que a instrumentalização das súmulas no direito brasileiro autoriza-as a legislar e que esta prática não é obstaculizada.

Por mais legiferante que se comprove, a súmula se encontra sob o escudo da imunidade, pelo fato do STF manter seu posicionamento há décadas, até pela escassez de demanda que realce o problema, ela possui *mero caráter ancilar de lei*. Diferentemente do destaque que se concede ao modelo *tradicional* da hermenêutica, o

modelo *tradicional* do controle de constitucionalidade que, ao englobar os casos passíveis de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) exclui a apreciação de toda e qualquer súmula, não vê o problema que traspassa seus domínios e que atinge frontalmente a Constituição.

Feitas estas explanações, vêm a lume as conclusões definitivas:

Há súmulas que não são súmulas. Há súmulas que são *atos normativos*, que pela própria concepção do termo, abrangem uma significação aberta de normas que não se enquadram no conceito objetivo de leis originárias e delegadas, mas que podem alterar e alteram a ordem jurídica, em qualquer intensidade.

Os atos normativos não se restringem aos emanados do Poder Executivo, senão de qualquer Poder capacitado a editar *normas com efeito geral e abstrato*, características estas que não se estendem às súmulas legítimas, as quais se consubstanciam em *interpretações como efeito geral e abstrato*.

A proliferação de atos normativos externos ao Poder Executivo e a identificação de súmulas legiferantes como objetos desta natureza foram ressaltados no item 3.1 e a conseguinte sujeição destas ao controle constitucional concentrado, pelas mesmas razões, logrou êxito no item 3.2, ambos deste estudo.

Mais que atos normativos, as súmulas legiferantes são atos normativos inconstitucionais. Cai, assim, a cortina do *instrumento ancilar de lei* e revela-se a desordem que punge profundamente a Constituição, praticada por *instrumento criador de lei*.

Longe de uma aproximação com o regime da *common law*, pois os precedentes nem sequer são vinculantes, mas como flagrante deturpação do regime democrático da *civil law*, os instrumentos sumulares sob comento contrariam a Constituição em diversos dispositivos.

A extinção de súmulas trabalhistas legiferantes por ADIn, cujo argumento lógico se estende a quaisquer súmulas de qualquer tribunal que porte tal característica de normatização e obrigatoriedade, é a medida correta, eficaz e indispensável a incidir sobre aquelas.

Por esta razão, trata-se do controle de constitucionalidade *de* súmulas do TST e não *das* súmulas legiferantes do TST, posto que toda súmula deve estar sob a vigilância constitucional, a acometer seus efeitos sobre as legiferantes.

Finaliza-se, assim, sob a manifestação de que este trabalho é alheio a qualquer interesse de se exaltar o estancamento da evolução jurisprudencial. Ao contrário, valoriza-se a importância da instituição *súmula*, que infelizmente serve, em várias oportunidades, de hospedeiro para a ação parasitária de legislação ilegítima e absolutamente perniciosa a empregados, empregadores, terceiros e a toda a administração pública.

Busca-se a defesa da súmula como importante instrumento de mobilidade à máquina jurídica, a defesa do regime democrático brasileiro e a defesa do direito, na proporção em que este estudo possa contribuir e na proporção que se visualize e aceite o mal que ele aponta e a solução que ele concede.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. 188 p.

ADIN 594 – DF. STF-pleno. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 196/204. p. 8-83.

ALEXYY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 346 p.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 433 p.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2005. 392 p.

ARAÚJO NETO, José Nascimento; MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Poder normativo: ressuscitando uma velha polêmica. *Revista Trabalhista: direito e processo*, v. 2, n. 6, p. 3-26, abr./jun. 2003.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. 138 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 645 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. Atos normativos do órgão executivo. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 34, n. 48, p. 32-53, abr./jun.1986.

BÍBLIA. Antigo Testamento. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução por Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Geográfica, 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003. 192 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. 1.214 p.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. 1.506p.

CARVALHO, Fernando Martins de. Ano Findo. Algumas tendências dos nossos tribunais: - os chamados 'assentos' do Supremo (continuação). *O Direito: revista de jurisprudência*, Lisboa, v. 68, n. 2, p. 34-43, 1936.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 270 p.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 359 p.

COSTA, Orlando Teixeira da. *Breve introdução aos precedentes normativos do TST*. São Paulo: LTr, 1993. 70 p.

COSTA, Sílvio Nazareno. A inconstitucionalidade material da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 155, p. 175-202, jul./set. 2002.

_____. *Súmula vinculante e a reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 348 p.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999. 275 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996. 163 p.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. 167 p.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais*. IOB Thomson, São Paulo: 2004. 142 p.

FARAH, Gustavo Pereira. O salário-família deve ser pago até o dependente completar 16 anos. *Suplemento Trabalhista LTr*, São Paulo, n. 109, 1999.

FERRARI, Irany. Do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, p. 265-267, mar. 1993.

_____. Prescrição trabalhista: concepção própria e diversificada. *Revista LTr*, São Paulo, p. 146-147, fev. 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre Poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do Poder Executivo*. São Paulo: RT, 1994. 224 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido*. Coimbra: Coimbra, 1993. 55 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed, São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 181 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 295 p.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. O *stare decisis* brasileiro.: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 5, p. 88-91, mar. 1996.

FIGUEIREDO, Fran Costa. *Metodologia Constitucional: técnicas de elaboração e técnicas de interpretação*. Brasília: Itamarai, 1987. 272 p.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. Justiça do trabalho: representação, poder normativo e prerrogativas sindicais. *Revista do TRT da 8ª Região*, Belém, v. 29, n. 56, p. 27-36, jan./jun. 1996.

GAARDER, Jostein. *Maya*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 391 p.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999. 731 p.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritário del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996. 279 p.

GIGLIO, Wagner D. Apresentação In: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas processuais do TST*. São Paulo: LTr, 1981. p. 7-8.

_____. Limites do poder normativo da justiça do trabalho. *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, v. 19, n. 1, p. 94, jan./dez. 1994.

_____. *Direito Processual do Trabalho*. 12. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. 590 p.

GOMES, Luiz Flávio. Eficácia e extensão das súmulas vinculantes. *Jornal Síntese*. IOB, São Paulo, ano 9, n. 102, p. 5-6, ago. 2005.

GONÇALVES JÚNIOR, Mário. A súmula vinculante e a blindagem da jurisprudência. *Jornal Síntese*, São Paulo, p. 6-7, fev. 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. 361 p.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 209 p.

HANDS, Mauricio. O poder normativo da Justiça do Trabalho e a reforma do direito do trabalho. *Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*, Belém, v. 32, n. 62, p. 97-111, jan./jun. 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Pt. I, 325 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. 484 p.

_____. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 2. ed. Tecnos: Madrid, 1999. 82 p.

LACERDA, Belizario Antonio de. Inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato administrativo normativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, p. 98-105, abr. 1999.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. 482 p.

LEITE, Roberto Basoni. *Manual de direito sumular do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. 344 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1964. 539 p.

LOPES, Otavio Brito. Os precedentes normativos do TST: cancelamento. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 3, p. 345-348, mar. 1999.

LUDWIG, Celso Luiz. Aula ministrada no curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: segundo semestre de 2003.

MAGANO, Octávio Bueno. Poder normativo da justiça do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 55, n. 9, p. 1.027-1.028, set. 1991.

MALLET, Estêvão. Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes. *Revista Consulex*, São Paulo, v. 1, n.11, p. 35, nov. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999. 392 p.

MARTINS, Licínio Lopes. O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 75, p. 643, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. Natureza jurídica e limites do poder normativo da Justiça do Trabalho. *Repertório IOB de jurisprudência*, São Paulo, n. 3, cad. 2, p. 53, fev. 1997.

_____. *Comentários à CLT*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1.224 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 895 p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *A legitimidade do direito positivo: direito natural, democracia e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 295 p.

_____. Poder normativo: dissídio coletivo. *Revista de Direito Trabalhista*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 10-15, 1999.

_____. A reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. *Síntese*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, p. 34-56, jan./mar. 2005.

_____; SILVA, Christine de Oliveira Peter da. Prescrição e decadência. *Revista LTr*, São Paulo, p. 1.413-1.423, dez. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 342 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 734 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 14, n. 57-58, p. 233; 256, jan./jul. 1981.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Antonio Moreira Barbosa de. *Sobre o problema da competência para assentar*. Coimbra, 1988. (Monografia) - Faculdade de Direito de Coimbra.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da Inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. 301 p.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda 1/69*. 2. ed. São Paulo: RT, 1967. Tomo IV, 713 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 926 p.

NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 1, 447 p.

_____. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1983. 680 p.

NEVES, A. Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*: comentário ao acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 124 p.

NICZ, Alvacir Alfredo. *Estudos de direito administrativo*. Curitiba: JM, 1995. 94 p.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 990 p.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 712 p.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Enunciados do TST comentados*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2002. 381 p.

PINTO JUNIOR, Dirceu Buyz. *O apogeu e o declínio do poder normativo*. Curitiba: 2005. 103 p. (Dissertação em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito..

PRADO, Roberto Barreto. *Curso de direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1991. 336 p.

_____. O poder normativo dos órgãos judiciários e os recursos judiciais trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 77, p. 24-25, mar. 1992.

RAMÍREZ, Mario Teodoro. El tiempo de la tradición. *Relaciones*, El Colegio de Michoacán. Zamora (México), v. 21, n. 81, p. 161-186, 2000.

RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 148-162, jan/mar 1996.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 2002. 124 p.

_____. *Lições preliminares de Direito*. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. 393 p.

REIS, Sérgio Cabral dos. O enunciado n. 363 do TST e a necessidade urgente de seu cancelamento. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 135, p. 399-426, mar. 2004.

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA (RTJ). Brasília: Supremo Tribunal Federal, v. 62, p. 557-828, dez. 1972.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988. 172 p.

RIVAS, Daniel. O contrato de trabalho é fonte de direito? In: RODRIGUEZ, Américo Plá (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho: grupo das quartas-feiras*. São Paulo: LTr, 1998. p. 226-239.

ROCHA, José de Albuquerque. *O procedimento da uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1977. 158 p.

ROCHA, José de Moura. A importância da súmula. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 91-98, jan./mar. 1977.

ROMITA, Arion Sayão. Os precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho. *Ltr – suplemento trabalhista*, São Paulo, v. 30, n. 79, p. 469-476, maio 1994.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: Edipro, 2000. 432 p.

SANTOS, Ursulino. Inconstitucionalidade de enunciado de súmula e precedente normativo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 60, n. 11, p. 1.453-1.454, nov. 1996.

SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004. 150 p.

SILVA, Evandro Lins e. A questão do efeito vinculante. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 13, p. 110-114, 1993.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 277 p.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Súmula Vinculante. *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, v. 24, n. 283, p. 5-8, jul. de 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao Direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. 197 p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 378 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 298 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 304 p.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 919 p.

SURGIK, Aloísio. *Temas críticos do direito a luz das fontes*. Curitiba: Livros HDV, 1986. 258 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 1, 726 p.

_____. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003. v. 2, 1.605 p.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 785 p.

TEIXEIRA FILHO, João Regis. O poder normativo da justiça do trabalho, sua constitucionalidade e a forma como vem sendo exercido pela Justiça do Trabalho (I). *Bonijuris – Legislação Trabalhista*, Curitiba, v. 4, n. 20, p. 877-895, out. 1993.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários às súmulas processuais do TST*. São Paulo: LTr, 1981. 231 p.

_____. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003. 615 p.

_____. A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 1, p. 5-29, jan. 2005.

_____. *Breves comentários à reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: LTr, 2005. 294 p.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 228 p.

VARGAS, Luiz Alberto de. FRAGA, Ricardo Carvalho. Quais súmulas. São Paulo: *Suplemento Trabalhista, LTr*, n. 16, p. 55-62, 2005.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do Direito*. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996. v. 1, 294 p.

VIDAL NETO, Pedro. *Do poder normativo da justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 1983. 183 p.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003. 226 p.

WARAT, Luiz Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. 159 p.